

**ACUMULACIÓN DE INDEMNIZACIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
CON PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**TATIANA MARTÍNEZ MANTILLA
SARA GALLEGU SIERRA**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2009**

**ACUMULACIÓN DE INDEMNIZACIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL
CON PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**TATIANA MARTÍNEZ MANTILLA
SARA GALLEGO SIERRA**

Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado

**Asesor:
Juan Gonzalo Flórez Bedoya**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2009**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, mayo de 2009

RESUMEN

Dada la posibilidad de que el daño que da lugar a la Responsabilidad Civil constituya a su vez una de las contingencias cubiertas por el sistema de la seguridad social, surge la necesidad de establecer con claridad si el afiliado – víctima puede o no acumular los pagos realizados en virtud de estos dos medios de compensación del perjuicio sufrido, a saber, la indemnización plena de perjuicios a cargo del civilmente responsable con las prestaciones a cargo de la entidad de Seguridad Social.

La problemática en cuanto a si puede jurídicamente aceptarse o no dicha acumulación, surge en virtud de que el pago que realiza la entidad de la Seguridad Social, puede a su vez implicar la reparación del daño cuya indemnización se encuentra a cargo del civilmente responsable, por lo cual se hace necesario determinar si a pesar del pago realizado por dicha entidad, el responsable sigue estando obligado, y frente a quién lo estaría.

Así, entendiendo a la entidad de la Seguridad Social como tercero frente a la relación obligacional que existe entre la víctima y el responsable, se hace un análisis de las diferentes formas en que puede darse el pago por un tercero, para determinar a qué título debe imputarse ese pago que realizan las entidades de la Seguridad Social frente a la obligación existente a cargo del obligado en Responsabilidad Civil.

Posteriormente, se analiza el tratamiento normativo que se le ha dado al tema de la acumulación de indemnizaciones de la víctima contra la subrogación de la entidad que paga, para concluir si las entidades de la Seguridad Social se encuentran facultadas en el ordenamiento jurídico para recuperar el valor de las prestaciones pagadas frente al responsable, y cuál o cuáles serían las herramientas jurídicas en virtud de las cuales podrían recuperar dicho pago.

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN	9
1. ¿QUÉ ES RESPONSABILIDAD CIVIL Y CUÁLES SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS?	11
1.1 GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD	11
1.2 ELEMENTOS COMUNES A LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL	12
1.2.1 La conducta activa u omisiva del demandado	12
1.2.2 Daño	13
1.2.3 Nexo causal	13
1.3 ELEMENTOS QUE IMPIDEN LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	14
1.3.1 Prescripción extintiva	15
1.3.2 Capacidad para cometer el hecho ilícito	16
1.3.3 Solidaridad.....	18
1.3.4 Forma de apreciar el daño.....	19
1.3.5 Forma de apreciar el elemento subjetivo	21
1.3.5.1 Culpa.....	21
1.3.5.2 Dolo.....	21
1.4 LOS MODELOS OBJETIVO Y SUBJETIVO EN LOS RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	22
1.5 ¿QUÉ SE INDEMNIZA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL?	26
1.5.1 Perjuicios patrimoniales	26
1.5.1.1 Daño emergente.....	27
1.5.1.2 Lucro cesante.....	28
1.5.2 Perjuicios inmateriales	30
1.5.2.1 Daño moral.....	31
1.5.2.2 Daño a la vida de relación	33

2. ¿CÓMO SE COMPONE EL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA Y CUÁL ES EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE SUS PRINCIPALES SUBSISTEMAS?	34
2.1 GENERALIDADES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL	34
2.2 SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD	37
2.2.1 Ámbito de protección	39
2.2.2 Prestaciones asistenciales	39
2.2.3 Prestaciones económicas	40
2.2.3.1 Incapacidades	40
2.2.3.2 Licencia de maternidad	41
2.2.3.3 Licencia de paternidad	41
2.2.4 Afiliación y cotización	42
2.2.4.1 En calidad de cotizantes	42
2.2.4.2 Como beneficiarios	42
2.2.4.3 Otros miembros dependientes	43
2.3 SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES	45
2.3.1 Objeto del Sistema de Pensiones	45
2.3.2 Marco normativo	45
2.3.3 Ámbito de cobertura	45
2.3.4 Principales características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones	46
2.3.5 Regímenes pensionales	48
2.3.5.1 Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM)	48
2.3.5.2 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS)	48
2.3.6 Prestaciones del Sistema de Pensiones	50
2.3.6.1 Pensión de vejez	50
2.3.6.2 Pensión de invalidez	52
2.3.6.3 Pensión de sobrevivientes	53
2.3.6.4 Indemnización sustitutiva o devolución de saldos	54
2.3.6.5 Auxilio funerario	55
2.3.7 Consecuencia de la no afiliación al Sistema y de la mora en las cotizaciones	56

2.4 SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN RIESGOS PROFESIONALES	56
2.4.1 Afiliación y cotización.....	58
2.4.2 Ámbito de protección	59
2.4.2.1 Accidente de trabajo.....	60
2.4.2.2 Enfermedad profesional	60
2.4.3 Prestaciones asistenciales.....	62
2.4.4 Prestaciones económicas	63
2.4.4.1 Incapacidad temporal	63
2.4.4.2 Indemnización por incapacidad permanente parcial	63
2.4.4.3 Pensión de invalidez	64
2.4.4.4 Pensión de sobrevivientes	64
2.4.4.5 Auxilio funerario.....	65
3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LOS TERCEROS QUE EFECTÚAN PAGOS A LA VÍCTIMA.....	66
3.1 INTRODUCCIÓN	66
3.2 LA IMPUTACIÓN DEL PAGO QUE REALIZA EL TERCERO.....	68
3.2.1 El concepto de reparación	70
3.2.2 Del pago, sus efectos y procedencia	71
3.2.2.1 Pago del deudor único	72
3.2.2.2 Pago del codeudor solidario.....	73
3.2.2.3 Pago del codeudor subsidiario (fiador).....	77
3.2.2.4 Pago del codeudor de obligación indivisible.....	78
3.2.2.5 Pago de otras personas con interés en la solución de la deuda	78
3.2.2.6 Pagos que realizan terceros.....	80
3.3 SÍNTESIS	91
4. ANÁLISIS DE LA ACUMULACIÓN DE INDEMNIZACIONES	94
4.1 DAÑOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL QUE PUEDEN VERSE COMPENSADOS CON EL PAGO REALIZADO POR LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL	94
4.1.1 Prestaciones que pueden dar lugar a la compensación del daño emergente.....	95

4.1.2 Prestaciones que pueden dar lugar a la compensación del lucro cesante	97
4.2 ACUMULACIÓN DE INDEMNIZACIONES.....	101
4.2.1 Desarrollo normativo de la acumulación de indemnizaciones en el ámbito de la Seguridad Social	101
4.2.2 Acumulación de Indemnizaciones en Riesgos Profesionales	106
4.2.2.1 Cuando el daño es imputable al patrono.....	106
4.2.2.2 Responsable ajeno al vínculo laboral en Riesgos Profesionales...	111
5. CONCLUSIONES	120
BIBLIOGRAFÍA	122

INTRODUCCIÓN

En la doctrina y la jurisprudencia ha sido recurrente el análisis de la acumulación de indemnizaciones, problema que se presenta cuando como consecuencia del daño causado por el actuar ilícito de un agente, se activan múltiples mecanismos de reparación, siendo necesario determinar si hay lugar o no a que la víctima reciba diferentes reparaciones que tienen como fuente un mismo daño.

En este trabajo abordaremos el estudio de la Responsabilidad Civil, entendida como la consecuencia jurídica en virtud de la cual quien causa daño a otro en forma ilícita está obligado a repararlo, y en cuya virtud habría entonces lugar a un pago de carácter indemnizatorio que puede confluir con pagos de otra naturaleza.

Por tal razón, se analizará el Sistema General de la Seguridad Social, puesto que, cuando las distintas entidades del Sistema pagan a sus afiliados las prestaciones a las que tienen derecho, existe la posibilidad de que dichos pagos sean de aquellos que concurren con la indemnización plena de perjuicios a cargo del civilmente responsable.

Para truncar la acumulación de indemnizaciones, la ley debe consagrar expresamente la acción subrogatoria. Al respecto, se analizarán los distintos tipos de terceros que pagan una deuda y las acciones tendrían cuando no pagan propiamente su obligación. El Capítulo Cuarto fue dedicado exclusivamente al caso que roba nuestra atención, esto es, aquél en el cual el tercero que paga es una entidad de la Seguridad Social.

Existe en nuestro ordenamiento una norma que consagra la subrogación para el caso particular de las Administradoras de Riesgos Profesionales, sin embargo, su constitucionalidad es bastante discutida. Es por esto que abordar el estudio de la

acumulación de indemnización se hizo aun más interesante, ya que al ahondar en las normas que regulan la materia, pretendimos dar cuenta del tema y por último aventurarnos a proponer alternativas para que la víctima no reciba por un mismo daño varias indemnizaciones y que el responsable del daño no se viera abocado a pagar dos veces.

1. ¿QUÉ ES RESPONSABILIDAD CIVIL Y CUÁLES SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS?

1.1 GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD

En términos generales, la responsabilidad civil se puede definir como la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien ha causado un daño a otro ilícitamente, está obligado a indemnizarlo.

El daño que da lugar a la responsabilidad civil, puede surgir en tres ámbitos diferentes; sea bien en la ejecución de las prestaciones derivadas de un contrato, bien sin que exista un vínculo jurídico previo entre la víctima y el responsable, o cuando existiendo dicho vínculo, el mismo no se pone en riesgo.

Teniendo en cuenta lo anterior, la afectación que da lugar a la responsabilidad civil, puede tener lugar en el ámbito contractual o extracontractual, de acuerdo a la distinción que se hace en nuestro medio.

En cuanto a la consagración normativa de los dos regímenes de responsabilidad, podemos decir que, el régimen de responsabilidad civil extracontractual cuenta con una consagración y desarrollo expreso en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, según el cual “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga, por la culpa o el delito cometido”.

No ocurriendo lo mismo en materia de responsabilidad contractual, donde a partir de la regulación del derecho de las obligaciones y de los contratos, la doctrina y la jurisprudencia han edificado unos principios generales para este tipo de responsabilidad, extraídos todos de normas que hacen referencia a planteamientos propios del negocio jurídico.

1.2 ELEMENTOS COMUNES A LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Con independencia de la fuente normativa, ambos regímenes comparten ciertos elementos, como lo son: la conducta activa u omisiva del demandado, el daño sufrido por el demandante, y el nexo de causalidad existente entre el comportamiento y el daño. A continuación haremos una breve mención a cada uno de estos elementos.

1.2.1 La conducta activa u omisiva del demandado

La responsabilidad civil supone un comportamiento cuya finalidad principal no es la de crear efectos jurídicos, pero que de hecho los crea porque se produce un daño cuya reparación será precisamente el objeto de la obligación que surge al predicarse en cabeza de alguien la obligación de reparar a otro.

Esa conducta del agente puede darse por acción o por omisión. La conducta es activa cuando el agente, con su propio comportamiento, produce todos los mecanismos físicos necesarios que para la mutación del mundo exterior se produzca. En cuanto a la conducta omisiva, los autores distinguen entre omisión en la acción y omisión pura y simple, entendiendo por la primera aquella que se presenta cuando el agente, al realizar una conducta, omite otra que es determinante en la producción del daño; mientras que se entiende que habrá omisión pura y simple, cuando el agente realiza una conducta completamente ajena desde el punto de vista físico, a la causación del daño y, al mismo tiempo, omite realizar una conducta que habría evitado la producción del perjuicio¹.

Así las cosas, siempre será necesaria una conducta en la producción del daño por parte del demandado para que éste pueda ser responsable, incluso frente a

¹ Al respecto véase TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de responsabilidad civil. 2º edición, Legis editores, 2007

circunstancias en las que no se busca la conducta inmediata, activa u omisiva del agente; es así como en la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, por el ejercicio de actividades peligrosas o por el hecho ajeno, la ley presume que el comportamiento descuidado del civilmente responsable fue la causa determinante del daño².

1.2.2 Daño

Es claro que el simple hecho del comportamiento culposo o no del agente, no es suficiente para dar lugar a la responsabilidad civil. Para que ésta se configure, es necesario que además de la conducta del demandado, haya por parte del demandante un menoscabo a las facultades jurídicas que tiene para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. El daño es civilmente indemnizable cuando en forma ilícita es causado por un tercero. Más adelante desarrollaremos con mayor profundidad este tema al analizar lo que se indemniza en responsabilidad civil.

1.2.3 Nexo causal

Como ya lo dijimos, la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita, debe indemnizar los daños que con su conducta produzca a terceros. Esta definición, parte de una idea básica de todo ámbito normativo, según la cual “uno sólo responde por los efectos de su propia conducta”³.

De acuerdo con lo anterior, para que se haga exigible la responsabilidad civil, no es suficiente con que el demandante haya sufrido un perjuicio, ni con que haya una conducta activa u omisiva del demandado; es necesario que además de estos dos elementos, exista un vínculo de causa a efecto entre la conducta del

² Ibíd

³ TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo 1. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1999. p. 224.

demandado y el daño sufrido por el demandante; esto es, que el daño sufrido sea la consecuencia de aquella conducta.

Es claro que la responsabilidad civil exige que el agente con su comportamiento sea el causante del daño sufrido por la víctima, ya sea por si mismo, por interpuesta persona, cosa o actividad que esté bajo su guarda o autoridad. Sin embargo, no basta con que físicamente dicha conducta del agente produzca como consecuencia el daño de la víctima; se requiere además que el hecho le sea imputable jurídicamente al demandado, es decir, que haya causalidad jurídica. La causalidad jurídica puede o no concurrir con la causalidad física, pero es la primera la que determina si se configura o no, un nexo causal entre conducta y daño que dé lugar a la responsabilidad civil.

Aún cuando la conducta del agente es omisiva, puede establecerse el nexo de causalidad. Es así como cuando el deudor contractual se abstiene de cumplir lo pactado (responsabilidad contractual) o cuando una persona se abstiene de realizar ciertos comportamientos a que estaba obligado en virtud de una disposición legal, o en virtud del principio general de solidaridad (responsabilidad extracontractual), se entiende en estos casos que el agente estaba llamado a evitar el daño con su comportamiento, y al no hacerlo permite la materialización del daño.

1.3 ELEMENTOS QUE IMPIDEN LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La importancia de los tres elementos mencionados, comunes a Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, ha dado lugar a que con base en ellos algunos autores pretendan unificar ambos tipos de responsabilidad, aduciendo que, dado que la responsabilidad civil se ocupa de los hechos ilícitos que causan daño en general, es indiferente que el hecho ilícito provenga de la inejecución o incumplimiento de un contrato, o de cualquier otra conducta ajena al ámbito

contractual. Para esta postura, la génesis de la responsabilidad es el hecho ilícito, dentro de ellos el incumplimiento contractual, razón por la cual podría prescindirse de la dualidad de regímenes.

Sin embargo, dado que en el ordenamiento jurídico actual existen elementos que no comparten ambos regímenes de responsabilidad, no es posible en nuestro medio aceptar la unificación total de los dos sistemas. Las diferencias que impiden la unificación se encuentran en los siguientes elementos:

1.3.1 Prescripción extintiva

La prescripción, como modo de extinguir las obligaciones, opera a modo de sanción para el acreedor inactivo, que teniendo a su favor una acreencia exigible, no la reclama por largo tiempo, dando lugar a que se presuma que la prestación que se le debe no le interesa, perdiendo ésta su razón de ser. De esta forma, la prescripción extintiva destruye el vínculo obligatorio, extinguendo las acciones que el acreedor tuviera contra el deudor.

La aplicación de esta figura difiere según sea que se trate de responsabilidad civil contractual o extracontractual. Es así como, para la responsabilidad civil contractual, la ley establece un principio general de prescripción extintiva consagrado en el artículo 2536 modificado por la ley 791 de 2002, art. 8 del Código Civil, según el cual: “La acción ejecutiva prescribe por cinco años y la ordinaria por diez. La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco años. Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”.

Esta norma general, puede encontrarse exceptuada por algunas disposiciones que, en materia de responsabilidad civil contractual, establecen regímenes de

prescripción diferentes. Es así como por ejemplo, el artículo 994 del Código de Comercio establece para el contrato de transporte una prescripción de dos años; también existe régimen especial para las acciones derivadas del contrato de seguros, para el cual, de acuerdo con el artículo 1081 del Código de Comercio, la prescripción será de dos años si es ordinaria o de cinco si es extraordinaria. De igual forma, en materia de compraventa mercantil, las acciones derivadas del vicio oculto de la cosa prescriben en seis meses, de acuerdo al artículo 938 del Código de Comercio.

En cuanto a la prescripción en materia extracontractual, debe decirse, en primer lugar, que no se cuenta con un régimen general de prescripción, sino que para este ámbito de la responsabilidad civil, se encuentran varios tipos de prescripción consagrados en las normas; verbigracia, el artículo 2358 del Código Civil que remite a la legislación penal al referirse a los términos de prescripción de las acciones para la reparación del daño proveniente del delito o culpa, artículo que también se refiere a las acciones para la reparación del daño que pueda ejercitarse contra terceros responsables, caso para el cual establece una prescripción de tres años. De igual forma, con referencia a la acción indemnizatoria de las personas que sufran daños en la superficie con ocasión de actividades aeronáuticas, el artículo 1838 del Código de Comercio establece una prescripción de dos años, contados a partir de la fecha en que ocurrió el hecho generador de los daños.

1.3.2 Capacidad para cometer el hecho ilícito

Para el ámbito contractual, y en general, para referirse a la capacidad para celebrar actos jurídicos, se habla propiamente de Capacidad de Ejercicio, entendida como la aptitud legal de una persona para ejercer personalmente los derechos que le competen; ésta supone ser mayor de 18 años, sano mentalmente, y tener la facultad para expresar su consentimiento autónomamente. En este

orden de ideas, el incapaz de ejercicio puede adquirir un derecho, ser titular de él, puesto que tiene capacidad de goce, pero no puede ejercerlo personalmente, debe hacerlo representado por otro.

Entonces, dado que la responsabilidad contractual surge cuando se ha incumplido un contrato, se exige, para que aquella se configure, la capacidad que permite obligarse contractualmente, es decir, se exige tener capacidad de ejercicio, pues se requiere que le preexista un contrato válido que haya dado lugar al surgimiento de obligaciones, de cuyo incumplimiento puede predicarse la configuración de una responsabilidad civil contractual.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible que un incapaz incumpla el contrato celebrado por medio de su representante legal, caso en el cual el incapaz representado tendrá que responder contractualmente aunque no tenga capacidad contractual, incluso si el incumplimiento es imputable a su representante legal, advirtiendo que, para este último caso, el incapaz cuenta con la acción de repetición que le permite ir en contra del representante para recuperar lo pagado como consecuencia de la responsabilidad civil en que incurrió con ocasión de la culpa del representante.

Por su parte, en materia extracontractual la culpa se determina a partir de la capacidad aquiliana de que trata el artículo 2346 del Código Civil, según el cual “los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudieren imputárseles negligencia.”

Lo anterior significa entonces que, a diferencia de la capacidad contractual, puede imputarse responsabilidad en materia extracontractual a la persona que tenga más

de 10 años y sea sana mentalmente, pues estos son los presupuestos que dan lugar a la capacidad aquiliana.

Por último, debe tenerse en cuenta que las diferencias existentes entre capacidad de ejercicio y capacidad aquiliana no se limitan a la edad exigida para predicar una u otra, pues también pueden diferir en otros aspectos de su aplicación. Esto es lo que ocurre en el caso de los dementes, para quienes en materia contractual existe norma expresa según la cual sus actos y contratos posteriores al decreto de interdicción serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido (artículo 553 del Código Civil); mientras que en materia extracontractual, aún con posterioridad al decreto de interdicción, la prueba de lucidez, al momento del hecho, es suficiente para establecer la capacidad aquiliana, y por ende la responsabilidad del agente.

1.3.3 Solidaridad

Por regla general, cuando en una relación obligacional la prestación debida es divisible y existe pluralidad en los sujetos, la deuda se divide de pleno derecho, quedando la obligación simplemente conjunta; sin embargo, es posible que en la ley, la convención o el testamento, se consagre que la obligación es solidaria, caso en el cual, se impide la división normal de las obligaciones subjetivamente complejas cuyo objeto sea naturalmente divisible, haciendo que cada deudor o cada acreedor lo sea respecto a la totalidad de la prestación.

En materia extracontractual, existe norma general que consagra la solidaridad a favor de la víctima cuyo daño fue causado por el delito o culpa de dos o más sujetos, quienes serán entonces solidariamente responsables del pago de la indemnización de perjuicios frente a ella (artículo 2344 Código Civil).

A pesar de que la norma en mención sólo establece la solidaridad en caso de responsabilidad extracontractual dolosa o culposa, debe entenderse que también cuando se trata de responsabilidad civil objetiva, la víctima se encuentra facultada para cobrar la totalidad de la indemnización a cualquiera de los responsables, con base en la llamada solidaridad imperfecta, en virtud de la cual, pese a no encontrarse consagrada por la ley, el testamento o la convención, cada uno de los deudores o responsables del daño debe pagar la totalidad de la indemnización si el acreedor o víctima así decide cobrarla.

Por su parte, en materia contractual, la solidaridad se presenta cuando varios deudores deben una misma obligación. La aplicación de esta figura será diferente dependiendo de que el contrato se ubique en el ámbito mercantil o civil, a saber:

El artículo 825 del Código de Comercio establece que “Cuando varias personas se han obligado a una misma prestación, se presume que todas ellas se han obligado solidariamente”. En virtud de esta norma general, debe entenderse entonces que, salvo pacto en contrario, los deudores de un contrato mercantil son solidariamente responsables frente al acreedor.

Distinto es lo que ocurre en materia civil, en donde no existe disposición que consagre la solidaridad como regla general, por lo cual, en principio, la obligación con pluralidad en los sujetos, se debe de forma conjunta, salvo que en virtud de disposición expresa de la ley, la convención o el testamento, la obligación sea solidaria, tal como lo establece el artículo 1568 del Código Civil.

1.3.4 Forma de apreciar el daño

El daño puede ser directo, o sea que proviene inmediatamente del hecho ilícito, o indirecto que es el que sólo representa la consecuencia más o menos lejana de la conducta del agente.

A partir de esta distinción, la doctrina ha entendido que el responsable debe reparar únicamente el daño directamente causado por él, descartando la indemnización del daño indirecto, en tanto que éste tiene una causa diferente a la conducta del agente, y en consecuencia, no tiene la virtud de hacerlo responsable.

De igual forma, la doctrina ha diferenciado el daño previsible del imprevisible, entendiendo por el primero como aquel que se haya podido prever al tiempo del contrato, por ser consecuencia natural de su incumplimiento, o al momento del hecho ilícito por ser consecuencia natural del mismo; y por el segundo, como aquel extraordinario o excepcional que en circunstancias normales no se hubiera derivado del hecho ilícito o del incumplimiento contractual, pero que guarda una relación de causalidad directa con la conducta del agente.

Tanto en responsabilidad civil contractual como extracontractual, sólo se indemniza el daño directo, pues es éste el daño que se produce como consecuencia directa del hecho ilícito del agente. La diferencia radica entonces en que, mientras en materia de responsabilidad civil contractual sólo se indemniza el daño directo previsible, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual se indemniza el perjuicio directo tanto previsible como imprevisible.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo al artículo 1616 Código Civil, en el ámbito de la responsabilidad contractual, puede haber lugar a la indemnización del perjuicio directo imprevisible cuando hay dolo o culpa grave por parte del deudor.

A partir de lo anterior, se concluye entonces que el ordenamiento jurídico exige mayor cuidado cuando no existe un vínculo previo entre el agente y la víctima, pues en estos casos, incluso cuando la culpa es levísima o existe responsabilidad objetiva, la víctima tiene derecho a cobrar la indemnización de todos los daños directos tanto previsibles como imprevisibles.

1.3.5 Forma de apreciar el elemento subjetivo

1.3.5.1 Culpa

En materia contractual, tiene lugar la graduación tripartita de la culpa (grave, leve y levísima) de que trata el artículo 1604 del Código Civil, que opera como principio general para las relaciones contractuales. En cambio, en materia extracontractual la gravedad de las culpas no tiene, en principio, ninguna importancia, pues cuando no existe vínculo jurídico previo entre las partes, desde que el agente incurra en culpa, por pequeña o mínima que sea, está obligado a indemnizar todos los daños que directamente provengan de dicha culpa.⁴

Sin embargo, existen dos casos en los cuales, sin contrariar el principio general antes mencionado, cobra importancia el análisis de la culpa en el ámbito extracontractual, a saber: cuando la culpa de la víctima haya contribuido causalmente a la producción de su propio daño, caso en el cual hay lugar a la reducción del monto indemnizable (Art. 2357 C.C.) y en segundo lugar, cuando el daño es imputable a dos o más personas y una de ellas paga la indemnización a la víctima, la que pago se subroga ante los coautores del daño, caso en el cual se graduarían las relaciones entre los coautores teniendo en cuenta la gravedad de la culpa de cada una de ellos.

1.3.5.2 Dolo

Ambos regímenes de responsabilidad pueden diferenciarse también a partir de la forma en que se aprecia el dolo en cada uno de ellos; ya que, mientras que en materia extracontractual, éste se entiende como la intención positiva de causar daño a un tercero, en materia contractual consiste en el incumplimiento de la obligación que surge del contrato estando en capacidad de cumplirla.

⁴ TAMAYO JARAMILLO, Op. cit. p. 65

1.4 LOS MODELOS OBJETIVO Y SUBJETIVO EN LOS RÉGIMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Si bien de acuerdo a los argumentos esgrimidos en los párrafos anteriores, los dos regímenes de responsabilidad existentes no pueden unificarse, lo cierto es que para ambos, una vez establecido el nexo de causalidad entre el hecho y el daño, se debe buscar una razón que justifique imponer al demandado la obligación de indemnizar a la víctima, razón que en algunos casos será la culpa (modelo subjetivo), y en otros será el riesgo (modelo objetivo).

Ciertamente, como ya lo dijimos en las primeras páginas de este trabajo al referirnos a la consagración normativa de la responsabilidad civil, el régimen de responsabilidad civil extracontractual cuenta con una consagración expresa en el artículo 2341 del Código Civil, según el cual “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga, por la culpa o el delito cometido”.

Este tipo de consagración legal es heredada del Código Napoleónico, que consagra el principio de la responsabilidad civil, estableciendo que “todo hecho cualquiera del hombre, que cause daño a otro, obliga a repararlo a aquel por culpa del cual se ha ocasionado”.

Las dos consagraciones legales del principio de la responsabilidad civil arriba mencionadas, están redactadas en términos de culpa, contemplando así una responsabilidad subjetiva, ésta es la que parte del axioma según el cual “nadie responde de un daño, sin haber incurrido en culpa o negligencia”.

Respecto a las llamadas responsabilidades subjetivas o con culpa, debemos decir que éstas, a diferencia de las responsabilidades objetivas, miran el comportamiento del agente (como la culpa y el dolo), reprochando no el simple actuar, sino el hecho de no haber actuado con diligencia y cuidado. De esta forma,

el ordenamiento prescribe que si el actuar del agente es culposos, y con ello se causa un daño, hay lugar a la indemnización de la víctima; siendo ésta quien en principio tendría la carga de probar, no solo que ha sufrido un daño como consecuencia de la conducta del agente, sino también que aquél incurrió en culpa.

Para solucionar la carga de la prueba, que en este caso hacía más difícil que la pretensión de resarcimiento de la víctima tuviera éxito, algunos ordenamientos jurídicos adoptaron modelos de presunción de culpa, trasladando así dicha carga, para establecer que corresponde al agente probar que su actuar fue ajeno a la concreción del daño.

Sin bien esto resolvería el problema probatorio, era insuficiente para fundamentar la indemnización de daños que no se pueden explicar a partir de un comportamiento culposos del agente, lo cual hizo necesario adoptar un modelo de responsabilidad objetiva, el cual prescinde del reproche inherente a los sistemas fundados en la culpa, y en principio se aplica a actividades completamente lícitas, pues hace responsable al agente, independiente de que su actuar haya sido prudente, de forma tal que éste solo deberá responder por el simple hecho de llevar a cabo determinada actividad.

Es así como la institución de la responsabilidad objetiva parte de la calificación de una determinada actividad como potencialmente dañina, sin detenerse en el análisis del elemento subjetivo, pues el peligro es intrínseco a la actividad misma, peligro que no es posible evitarse con la sola prudencia.

De esta forma, con la incorporación de un sistema de responsabilidades objetivas, se logra reforzar la garantía a las víctimas para que éstas no queden desamparadas frente a aquellos casos en los que el daño no se relaciona con el error de conducta de quienes la ejercen, sino con la especial puesta en riesgo que

se da por el mero hecho de ejecutar una determinada acción; dejándole al agente la posibilidad de defenderse demostrando una causa extraña.

En nuestro ordenamiento jurídico se aplican ambos sistemas de responsabilidad (subjetivo y objetivo), en los dos regímenes de responsabilidad civil existentes. Así, dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, se encuentra la aplicación del régimen de responsabilidad subjetiva con culpa probada, como por ejemplo, la disposición contenida en el artículo 2341 del Código Civil, que establece que “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”.

De igual forma, se encuentran en nuestro medio, disposiciones que consagran una responsabilidad extracontractual con culpa presunta, como ocurre en el caso de responsabilidad por el hecho ajeno (artículo 2347 del Código Civil), en donde una vez constatado que el directamente responsable cometió culpa y que con ello causó daño a otro, se presume la culpa del civilmente responsable, quien tendrá la carga de probar que fue diligente en el cuidado y vigilancia de la persona que estaba a su cargo.

Por otra parte, también en el ámbito extracontractual, se aplica el modelo de responsabilidad objetiva, como por ejemplo, en los casos de responsabilidad derivada del ejercicio de actividades peligrosas, que se encuentra totalmente desligada de toda consideración sobre culpa o diligencia o prudencia de quien ocasiona el daño, pues independientemente de ello, se hace responsable de los perjuicios a quienes crean situación de peligro, correspondiendo al demandado demostrar que el perjuicio sufrido por la víctima fue consecuencia de una causa extraña.

Por su parte, en el ámbito contractual, encontramos también la aplicación tanto del modelo subjetivo como objetivo. Es así como, por un lado, en las obligaciones de medios derivadas de los contratos, por ejemplo el contrato de mandato (artículo 2155 del Código de Comercio), se aplica en principio el modelo de responsabilidad subjetiva con culpa probada; en donde la ley establece, para el ejemplo citado, que el mandatario responde hasta de culpa leve en el cumplimiento de su encargo.

En otros casos, se acoge el modelo de responsabilidad subjetiva con culpa presunta, como ocurre en el contrato de arrendamiento, en cuanto a los daños y pérdidas sobrevenidos durante la vigencia del contrato, caso en el cual, de acuerdo con el artículo 2005 del Código Civil, corresponde al arrendatario probar que no sobrevinieron por su culpa, ni por culpa de sus huéspedes, dependientes o subarrendatarios, y a falta de esta prueba será responsable.

Por último, también en el ámbito contractual se aplica el modelo de responsabilidad objetiva, ejemplo de ello es el artículo 1003 del Código de Comercio, que se refiere al contrato de transporte de personas, y establece que “el transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento que se haga cargo de éste, (...) Dicha responsabilidad sólo cesará cuando el viaje haya concluido; y también en cualquiera de los siguientes casos; (i) Cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas. (ii) Cuando los daños ocurran por fuerza mayor (...). (iii) Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero (...). (iv) Cuando ocurra la pérdida o averías de cosas que conforme a los reglamentos de la empresa puedan llevarse a la mano y no hayan sido confiadas a la custodia del transportador”.

1.5 ¿QUÉ SE INDEMNIZA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL?

En materia de responsabilidad civil, los perjuicios se clasifican entre Perjuicios Patrimoniales, estos son los que se refieren a la esfera patrimonial de la persona que ha sufrido una afectación en su integridad física o en sus bienes, y Perjuicios Extrapatrimoniales, entendidos como aquellos en los que, existiendo afectación de la persona humana, producen un impacto adverso en su esfera emocional o en sus expectativas de vida.

A continuación entraremos a analizar los perjuicios indemnizables en virtud de la responsabilidad civil, de acuerdo a la referida clasificación.

1.5.1 Perjuicios patrimoniales

Son aquellos que por su objeto es clara su valoración económica. En el Derecho Colombiano encontramos que su tratamiento se sitúa en el análisis del Daño Emergente y el Lucro Cesante; entendiendo por el primero, como aquella pérdida patrimonial en la cual se incurre a causa del hecho dañino; el lucro cesante, por su parte, se trata de la situación en que un bien económico que debía ingresar al patrimonio de la víctima en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará; es decir, en palabras de los hermanos Mazeaud, el primero se trata de una “pérdida sufrida” y el segundo de una “ganancia frustrada”.

La clasificación entre daño emergente y lucro cesante está a su vez subdividida entre Daño a la Persona y Daño a los Bienes, refiriéndose el primero, a todo daño que recae sobre la integridad física de la persona, mientras que el segundo recae sobre bienes diferentes.

1.5.1.1 Daño emergente

- **Daño emergente en relación con la lesión a personas**

Esta forma de daño es la que se presenta cuando el bien lesionado es la persona humana en su aspecto físico. Deben diferenciarse entonces dos eventos: el evento en el que la víctima sobrevive y el evento en el que hay lugar a su fallecimiento como consecuencia de la conducta del responsable.

En el primer caso, será daño emergente todos los gastos necesarios para el restablecimiento de la salud de la persona. Se trata entonces de todos los gastos médicos o de otra índole que se han realizado y se deban realizar con el objeto de situar a la víctima nuevamente en el estado anterior a la ocurrencia del hecho dañino; de forma tal que, independientemente de que se trate de procedimientos o prestaciones pasadas o futuras con referencia al momento de la condena, ambos deben considerarse daño emergente.

Como bien se ha dicho, se trata de todos los gastos necesarios para que la persona lesionada quede en una situación lo menos alterada posible con referencia a estado anterior al daño, por lo cual no puede limitarse este concepto a los gastos médicos en que deba incurrirse, pues deben tenerse en cuenta también los insumos, prótesis e instrumentos como sillas de ruedas, camas especiales, o incluso los gastos de un viaje que deba realizar el lesionado para lograr su recuperación.

Por su parte, en los eventos en que se produce el fallecimiento de la persona “se tendrán como daño emergente los egresos patrimoniales y las obligaciones contraídas a causa de la muerte, merma del activo o incrementos del pasivo, sea

para la herencia sea para cualquier víctima en general.”⁵ De esta forma, se ubican dentro del daño emergente los gastos funerarios a los que haya lugar, e incluso erogaciones realizadas con el fin de lograr la recuperación de la víctima antes de su fallecimiento, y en general cualquier otro gasto derivado directamente del hecho dañino.

- **Daño emergente en relación con la lesión a bienes**

Tal como lo explica el profesor Henao, la reparación del daño emergente dependerá del nivel de afectación del bien. Si se afecta en su totalidad se buscará resarcir el perjuicio con su valor equivalente en dinero, mientras que si se afecta parcialmente, estará constituido por valor de las reparaciones necesarias para reconstituir el bien al estado en que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho dañino. También quedan comprendidas en este concepto las consecuencias económicas derivadas de la imposibilidad de usar el bien.

1.5.1.2 Lucro cesante

- **Lucro cesante cuando la lesión la sufre una persona**

A la hora de determinar los alcances de la indemnización, es importante diferenciar si se trata de un hecho en el cual falleció la víctima o si simplemente sufrió una lesión que implica una disminución de su capacidad productiva.

En el primer caso, las personas que estaban a cargo de quien fallece, tendrán derecho a reclamar el lucro cesante por los ingresos que dejaron de percibir a causa de la ocurrencia del hecho dañino, y para tal fin deben acreditar la existencia del daño, es decir, que los ingresos que percibían eran fruto de la ayuda

⁵ Ibíd., p. 200

del causante y que por su muerte no seguirán recibiendo. En este punto la jurisprudencia colombiana, con base en la obligación alimentaria establecida en el código civil, presume la colaboración económica entre los familiares que se deban alimentos.

En el caso de la persona lesionada, el derecho a la indemnización se radica en principio en cabeza del directamente lesionado; sin perjuicio que personas diferentes a él, igualmente afectadas con el hecho dañino al dejarán de percibir el apoyo económico tal como lo hacían antes de su ocurrencia, se allanen a reclamar.

- **Lucro cesante cuando la lesión es a un bien**

En esta categoría, el daño indemnizable está constituido por todas las ganancias frustradas que se esperaba produciría el bien afectado.

Al respecto de la posibilidad de que se acumule la indemnización de este daño con la del daño emergente cuando hay lugar a la pérdida de un bien que producía una ganancia para su dueño, debe tenerse en cuenta que, como bien se ha dicho, sólo se indemniza el daño realmente causado por la víctima; por lo cual, es necesario que pueda inferirse que a raíz la conducta del responsable hubo lugar a la frustración de ganancias que se hubieran causado de acuerdo a la situación en que se encontraba el bien antes del daño.

Lo anterior no ocurriría, si por ejemplo el bien es recuperado antes del momento en que se hubiera reportado la ganancia, por ende, independientemente de la ocurrencia del daño, esas utilidades entrarán al patrimonio de la víctima, por lo cual no habría lugar a la configuración de un perjuicio a título de lucro cesante.

En conclusión, el resarcimiento del daño emergente, implica, en primer lugar, el

pago del valor del bien o de las erogaciones que sean necesarias para su recuperación o reparación, dependiendo del tipo de daño que haya sufrido, con lo cual el bien podrá ser reemplazado o recuperado, dando así lugar a la posibilidad de que la víctima pueda seguir desarrollando la actividad productiva que le reporta la ganancia esperada, y de esta forma cesa el perjuicio que consiste en el lucro cesante. Por lo anterior, habrá lugar a que se configure un lucro cesante, si, de acuerdo a las circunstancias normales del bien antes de ser afectado, éste hubiera reportado una ganancia durante el tiempo en que estuvo afectado, pero que no pudo producirla como consecuencia del daño imputable al agente.

1.5.2 Perjuicios inmateriales

Como ya fue mencionado anteriormente, el tema de la procedencia de la indemnización de los daños inmateriales no ha sido pacífico en la doctrina, llegando hasta el extremo de afirmar que indemnizar un perjuicio que de por sí no tiene naturaleza económica es desbordar el campo de la responsabilidad civil. Sin embargo, para efectos de nuestro trabajo, como ya lo hemos hecho con los otros tipos de daños, explicaremos de qué se tratan, para concluir que, independiente de la denominación que se acoja, deben de ser indemnizados de acuerdo con la ley.

Volviendo un poco al tema, es menester aclarar que la consagración de los perjuicios inmateriales es una forma de proteger bienes que tienen valor para el ser humano, y por tanto se pretende que sean tutelados; sin embargo, su indemnización no puede entenderse como el pago de las “lágrimas derramadas” o del dolor ocasionado a causa del hecho dañino, dado que ello se encuentra por fuera del comercio y nos posible medirlo con patrones objetivos.

Por lo anterior, la indemnización de este tipo de perjuicios, que serán detallados a continuación, debe ubicarse dentro del ámbito de la compensación y no de la

restitución del bien afectado.

1.5.2.1 Daño moral

Como ya se dijo, cuando se indemniza el daño moral, sea realiza a título de compensación, en el sentido que el dinero que se paga, se le otorga a la víctima con el fin de aliviar su pena, reconociendo que ésta no tiene un contenido económico.

Es así, como la pena por el fallecimiento de un ser querido, daría lugar a un daño moral indemnizable a favor de la víctima indirecta. Al igual que con la muerte, el daño moral puede ocasionarse a raíz de los sufrimientos que produce un accidente en el cual la víctima directa no haya fallecido, caso en el cual, el daño moral lo sufre en principio la víctima directa, pero también se puede extender a sus parientes e incluso amigos o familiares no consanguíneos, pues tanto el primero como los segundos podrán sufrir dolor como consecuencia de la situación en que se encuentra aquél que sufrió directamente el daño (víctima directa).

Diferente a lo anterior, es lo que ocurre cuando los herederos reclaman la reparación del daño sufrido por su causante, víctima del hecho dañino. Al respecto, debe tenerse en cuenta que lo que se trasmite a los herederos de la víctima directa no es el perjuicio, sino el derecho a la reparación, que es esencialmente patrimonial.

Para afirmar esto, es necesario que en cabeza de la víctima directa se configure el daño, y en consecuencia, un crédito a su favor. Es ese derecho el que se trasmite a sus herederos, quienes como tales podrán reclamar la reparación en sede de la acción hereditaria.

En los casos en que no alcance a configurarse ese daño, por cuanto la víctima

fallece en el acto mismo de la agresión, se discute la existencia del denominado “pretium mortis”, perjuicio extramatrimonial que sufre la víctima directa con su propia muerte y que sus herederos podrían reclamar.

Por otro lado, es necesario tener en cuenta que el daño moral no se circunscribe exclusivamente a los casos de sufrimiento generado por las lesiones físicas o la muerte. También se incluye dentro de los daños morales las situaciones que atenten contra la reputación de la persona y la dignidad humana, pues en estos casos, el hecho dañino también produce una aflicción en la víctima compensable en dinero.

- **Daño moral en las personas jurídicas**

Partiendo de la idea según la cual el daño moral se concreta a partir de la causación de un sufrimiento, aflicción o tristeza a la víctima, se discute si las personas jurídicas pueden sufrir un daño moral. Para efectos de este trabajo entenderemos, que si bien la persona jurídica pueden sufrir daños en bienes intangibles, como el reconocimiento, credibilidad, confianza, etc.; en ultimas pueden ser concretados en daños materiales, pues afectan aspectos como la rentabilidad, las condiciones para competir en el mercado, etc.

De tal suerte que, si por ejemplo se afecta el buen nombre de la persona jurídica, éste no puede concretarse en ella como perjuicio moral, pues es claro que siendo un ente artificial, no puede sufrir un dolor de tipo moral; sin embargo esa afectación puede traducirse en un perjuicio patrimonial, si ello afecta, por ejemplo, su imagen en el mercado, y consecuentemente las ventas, constituyéndose así un lucro cesante, pues una utilidad que se esperaba entrara al patrimonio de la persona jurídica, no entrará como consecuencia del hecho dañino.

1.5.2.2 Daño a la vida de relación

La jurisprudencia colombiana tanto de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, sostuvieron por mucho tiempo que el daño inmaterial estaba constituido únicamente por el daño moral; fue con el paso de los años que la jurisprudencia comenzó a reconocer en casos particulares la existencia de otros tipos de perjuicios que salen de la órbita de los morales para afectar las condiciones de vida del individuo que le impiden realizar actividades de acuerdo a sus expectativas de vida y en igualdad de condiciones frente a otros seres humanos.

Para este tipo de perjuicios, el objeto de tutela jurídica no será entonces el dolor causado por el hecho dañino, el cual se circunscribe al perjuicio moral, sino que se refiere directamente a la pérdida de la facultad de realizar una actividad determinada.

- **Daño fisiológico**

Dentro del daño a la vida de relación, se ha ubicado el llamado perjuicio fisiológico, que consiste en la lesión física que afecta a la víctima directa privándolo de una parte de su cuerpo o función orgánica, que ocasionalmente puede llegar a alterar las expectativas normales de existencia, caso en el cual dará lugar también a una afectación a la vida de relación.

2. ¿CÓMO SE COMPONE EL SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA Y CUÁL ES EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE SUS PRINCIPALES SUBSISTEMAS?

Al igual que como lo hicimos en el primer capítulo respecto al tema de la Responsabilidad Civil, en este segundo capítulo nos dedicaremos a dar un cuenta del Sistema General de la Seguridad Social, sus generalidades, los cambios normativos, su objeto de protección, el análisis de los tres subsistemas que lo componen, etc. Y una vez hecha las precisiones del caso, en los capítulos tres y cuatro, pasaremos a dar cuenta de lo que es propiamente el análisis que nos compete en esta tesis, esto es, la acumulación de indemnizaciones cuando concurren la Responsabilidad Civil y las prestaciones del Sistema General de la Seguridad Social.

2.1 GENERALIDADES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL

En primer lugar, es procedente afirmar que la Seguridad Social es uno derecho irrenunciable, consagrado en el Capítulo II del Título II de la Constitución Política Colombiana, es decir, hace parte de los principios de la segunda generación, los denominados Sociales, Económicos y Culturales; y en el artículo 48 de la misma norma, expresamente hay una referencia al tema, calificando a la Seguridad Social como un servicio público y de carácter prestacional, es decir, dependen de las políticas públicas y los recursos del Estado, su plena realización. Sin embargo, aunque se trate de un derecho social, el cual no es protegido por la acción de tutela, la Corte Constitucional a lo largo de estos 15 años a mantenido una línea jurisprudencial, en la cual, se admite que cuando la trasgresión de un derecho de carácter prestacional conlleve a la violación de un derecho fundamental, sea posible protegerlo por vía de la acción de tutela.

La constitución Política de 1991 estableció un concepto amplio de Seguridad Social sin determinar su contenido específico, pues no definió qué riesgos cubría y al caracterizarlo como un servicio público, dejó a cargo del Estado la dirección, coordinación y control del Sistema de Seguridad Social. Es por esto, que con la Ley 100 de 1993, se definió en forma particular el Sistema de Seguridad Social Integral, orientado por dos metas principales: la primera, conseguir la cobertura universal, y la segunda, crear un ambiente que propiciara la libre competencia y la libre elección. Logrando así, la concurrencia de los principios de solidaridad e integralidad, propios del Sistema.

Antes de la reforma de la Ley 100 de 1993, por Seguridad Social, se entendía únicamente la cobertura de los afiliados al ISS (Instituto de Seguros Sociales), el cual se diferenciaba del Sistema de Previsión Social (cajas afiliadoras de los funcionarios públicos), y se limitaba al cubrimiento de los servicios de salud, pensiones y riesgos profesionales de los empleados públicos y privados sin incluir a sus familias.

Fue con la reforma de 1993, que se dieron cambios eminentemente sustanciales en el Sistema de Seguridad Social, así:

- El sistema deja de ser excluyente para un determinado grupo de la población (Principio de universalidad) y se pretende cobijar a otros sectores de la población con y sin capacidad de pago.
- Se vinculan como afiliados obligatorios los servidores públicos.
- El Estado deja de ser un aportante al Sistema y se le condonó la deuda anterior, que tenía al momento de la creación del nuevo sistema de Seguridad Social. Los aportes en su lugar estarán en cabeza de empleadores y trabajadores, y el Estado pasa a cumplir una función de garante. Sin embargo el empleador es quien tiene la obligación de afiliar al trabajador a la seguridad social, pagar los

aportes y parafiscales respecto de sus trabajadores y si ello no ocurre, el empleador debe asumir las contingencias que por su conducta omisiva no asumirán las entidades administradoras del Sistema General de Seguridad Social Integral, llámese estas EPS, AFP o ARP⁶.

- Se hace obligatorio por parte del empleador afiliar a sus empleados a la seguridad social, pero de igual forma quien no tenga contrato laboral, tiene éste derecho nacido de la constitución.
- Se permitió la posibilidad de afiliación a las personas que no tuvieran relación laboral.
- La cobertura de la afiliación incluye tanto al trabajador como a su grupo familiar.
- Se creó un Gran Sistema (Integral) conformado por tres (3) subsistemas, los cuales tienen un objeto específico y un ámbito de protección diferente, estos sistemas son: Sistema General de la Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos.
- Para el caso de los trabajadores independientes se hace obligatoria su afiliación para salud y pensiones, con los problemas que ello acarrea porque hay sectores de la economía informal que se ven desprotegidos y necesitan una participación más activa del Estado y no únicamente como garante.
- Se abre la posibilidad de que sector privado sea un agente activo en el sistema y se admite que empresas particulares presten sus servicios, sin dejar de un lado la función del Estado como último responsable y garante; estableciéndose así, como lo admite la constitución, una descentralización por servicios.
- Se funda como uno de los principios rectores del sistema, la eficiencia, buscando una mejor calidad a menor costo y con mayor cobertura.
- El Sistema de Seguridad Social se crea como una fuente de protección a diferentes contingencias, tales como salud, vejez, muerte, invalidez, e incluso

⁶ Concepto 354179 de 2008 del Ministerio de la Protección Social

desempleo, las cuales son concebidas para el Estado como consecuencias de algunos riesgos que ha identificado como amparables.

- La forma como el sistema contrarresta estos riesgos es mediante dos tipos de prestaciones, unas de naturaleza económica y las otras de carácter asistencial.

2.2 SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

El Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) es el conjunto de mecanismos que permiten regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso al servicio en toda la población, en todos los niveles de atención; en tanto que es su objeto reducir o eliminar las barreras económicas que un individuo enfrenta para el acceso a la atención en salud.

El acceso a la salud constituye, de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución de 1991, un servicio público, es decir, se trata, de acuerdo a la definición de Duguit, de una “actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado, y fiscalizado por los gobernantes por ser indispensable a la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no pueda ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”.

A partir de lo anterior, se encuentra el Estado como primer obligado a garantizar el acceso a la salud a todas las personas, existiendo así una pretensión que el sistema tenga una cobertura total, en virtud de lo cual se crearon dos regímenes: el Régimen Contributivo, dirigido a las personas con capacidad de pago; y el Régimen Subsidiado, dirigido a la población más pobre y vulnerable, que se financia con los aportes fiscales de la nación, de los departamentos, de los distritos y de los municipios, del Fosyga y de recursos de los afiliados en la medida de su capacidad.

El Estado, además de intervenir en la financiación del régimen subsidiado para garantizar la redistribución de recursos, interviene también activamente para garantizar la observancia de los principios consagrados en la Constitución y la Ley, a través de varias entidades, mediante las cuales ejerce la dirección, vigilancia y control del SGSSS; estas son: el Ministerio de la Protección Social, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, la Superintendencia Nacional de Salud y la Comisión de Regulación en Salud (Ley 1122 de 2007). Adicionalmente, el Estado ejerce también funciones de administración y financiación por medio de las EPS de naturaleza pública, las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud y el Fosyga como cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social.

A partir de la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, se abrió la posibilidad de que tanto entidades públicas como privadas administren y provean los servicios de salud. A partir de allí, se abre la puerta para que intervenga, en el SGSSS, un nuevo grupo de entidades encargadas de la administración y financiación del sistema, estas son las EPS de origen comercial y privado.

Es claro entonces, que las EPS son entidades que pueden ser de naturaleza pública o privada; éstas actúan como gestores o agentes intermediarios del SGSSS, pues son las entidades responsables de la afiliación, registro de los afiliados y el recaudo de sus cotizaciones por delegación del Fosyga, siendo su función básica la de organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del POS a sus afiliados y girar al Fosyga dichas cotizaciones.

Para garantizar la prestación de los servicios de salud, las EPS pueden brindar directamente los servicios, o hacerlo por medio de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), éstas son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del SGSSS dentro de las EPS o fuera de ellas.

Las EPS son pues las entidades encargadas de garantizar a sus afiliados el acceso al Plan Obligatorio de Salud (POS), este es el “Conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlo, todo afiliado al SGSSS. Sus contenidos son definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, e incluye educación, información y fomento de la enfermedad, en los diferentes niveles de complejidad así como el suministro de medicamentos esenciales en su denominación genérica”⁷

2.2.1 Ámbito de protección

El SGSSS busca “la protección integral de las familias en la maternidad, en los accidentes y en la enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que estén definidos en los reglamentos.”⁸

2.2.2 Prestaciones asistenciales

Los afiliados al sistema, tienen derecho a que se le brinden las intervenciones, actividades, procedimientos y medicamentos que requieran y que se encuentran delimitados en el POS. Independientemente de la calidad de cotizante o beneficiario, todos los afiliados al sistema tienen derecho a acceder a las prestaciones contenidas en el POS en igualdad de condiciones.

Sin perjuicio de lo anterior, para complementar la financiación del POS, los afiliados en calidad de beneficiarios, están sujetos a pagos compartidos (copagos) que consisten en un porcentaje del valor de la atención.

⁷ Decreto 806 de 1998, artículo 7

⁸ FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS (FASECOLDA). 10 años de Seguridad Social en Colombia. Departamento de Publicaciones Fasecolda, 2003. p. 60

Los afiliados, tanto cotizantes como beneficiarios se encuentran también sujetos al pago de cuotas moderadoras, que se aplican con el fin de racionalizar el uso de los servicios del sistema.

En el SGSSS, las EPS no pueden aplicar preexistencias a sus afiliados, de acuerdo con el artículo 164 de la Ley 100 de 1993. El acceso a la prestación de algunos servicios de alto costo podrá estar sujeto a períodos mínimos de cotización que no podrán exceder de 26 semanas.

Las exclusiones y limitaciones que se aplican en el SGSSS obedecen a criterios objetivos, y son en general todas aquellas actividades, intervenciones, procedimientos y medicamentos que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, aquellos considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios o sean el resultado de complicaciones de estos tratamientos o procedimientos. Deben estar expresamente definidas por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (Dcto. 806/98, art. 10 – Res. 5261/94, art. 18)

Cuando el afiliado requiera servicios adicionales a los incluidos en el POS, deberá financiarlos directamente. No obstante, si no tiene capacidad de pago para asumir su costo, podrá acudir a las instituciones públicas o privadas que tengan contrato con el Estado, las cuales estarán en la obligación de atenderlo de conformidad con su capacidad de oferta y cobrarán por su servicio una cuota de recuperación.

2.2.3 Prestaciones económicas

2.2.3.1 Incapacidades

Prestación de carácter temporal a la que hay lugar en los casos de enfermedad general, que reconoce el régimen contributivo a sus afiliados en calidad de cotizantes. Consiste en un subsidio equivalente a dos terceras partes del salario

sobre el cual cotiza el afiliado, que sustituye al salario durante el tiempo en que el trabajador permanece retirado de sus labores por enfermedad debidamente certificada, según las disposiciones legales. Su pago se causa a partir del tercer día del período previsto como incapacidad.

2.2.3.2 Licencia de maternidad

La progenitora del recién nacido, la madre adoptante del menor de 7 años o el padre adoptante cuando ésta carezca de cónyuge o compañera permanente, siempre que sean cotizantes no pensionados, tienen derecho a una prestación económica en virtud de los artículos 236 y 237 del Código Sustantivo del Trabajo, según los cuales, toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 12 semanas en la época probable de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

La trabajadora que en el curso de un embarazo sufra un aborto o un parto prematuro no viable tiene derecho a una licencia de dos a cuatro semanas, remuneradas con el salario que devengaba al momento de iniciarse el descanso. El artículo 207 de la Ley 100 de 1993, señala que las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Contributivo, reconocerán y pagarán a sus afiliadas “La licencia por maternidad de conformidad con las disposiciones legales vigentes”

2.2.3.3 Licencia de paternidad

De acuerdo con el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 755 de 2002, el esposo o compañero permanente de la progenitora del recién nacido, tiene derecho a 4 días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al SGSSS. En el evento en que ambos padres estén cotizando al SGSSS, se concederá al padre 8 días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

2.2.4 Afiliación y cotización

Para acceder a las prestaciones del POS, es necesaria la afiliación al SGSSS, lo cual implica el pago de una cotización para el régimen contributivo, pero también puede hacerse por medio del régimen subsidiado, que se financia con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos de los entes territoriales. Puede accederse entonces a los servicios del SGSSS por medio de una de las siguientes modalidades:

Afiliación al sistema mediante el régimen contributivo, en virtud del pago de una cotización reglamentaria. Los afiliados por este régimen son entonces las personas con capacidad de pago; pueden ingresar en calidad de cotizante o beneficiario.

2.2.4.1 En calidad de cotizantes

Son afiliados: (i) los Nacionales o extranjeros, residentes en Colombia con contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, (ii) los servidores públicos, (iii) los pensionados, (iv) los independientes.

2.2.4.2 Como beneficiarios

Los miembros del grupo familiar del cotizante, el cual está constituido por (Art. 34. D. 806/98): (i) el cónyuge, (ii) a falta de cónyuge, la compañera o compañero permanente, siempre y cuando la unión sea superior a 2 años, (iii) los hijos menores de 18 años que dependan económicamente del afiliado, (iv) los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado, (v) los hijos entre 18 y 25 cuando sean estudiantes de tiempo completo y dependan económicamente del afiliado, (vi) los hijos del cónyuge o compañera o compañero permanente menores de 18 años o con incapacidad permanente que dependan del afiliado, (vii) a falta de cónyuge compañero o compañera

permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente del afiliado.

2.2.4.3 Otros miembros dependientes

Personas no incluidas en la definición de grupo familiar que dependan económicamente del afiliado y que sean menores de 12 años o que tengan parentesco hasta el 3 grado de consanguinidad podrán incluirlos en el grupo familiar siempre que pague un aporte adicional equivalente al valor de la unidad de pago por capitación que corresponda. (Dcto. 806/98, art. 40)

Afiliación mediante en régimen subsidiado, para las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto de la cotización, y que conforman la población más pobre y vulnerable del país.

Participación en calidad de vinculados temporalmente, para las personas que no tienen capacidad de pago pero que aún no se encuentran vinculados por medio del régimen subsidiado, para quienes, mientras logran ser beneficiarios del régimen subsidiado, se permite el acceso a los servicios de atención en salud que prestan las instituciones públicas y las privadas que tengan contrato con el Estado.

El artículo 26 del Decreto 806 de 1998 en concordancia con lo establecido en el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, dispone que se considerarán como afiliados obligatorios al régimen contributivo del SGSSS como cotizantes, a las siguientes personas: “(...)Todas aquellas personas nacionales o extranjeras, residentes en Colombia, vinculadas mediante contrato de trabajo que se rija por las normas colombianas, incluidas aquellas personas que presten servicios en las sedes diplomáticas y organismos internacionales acreditados en el país. (...)”.

Por su parte, el artículo 161 de la Ley 100 de 1993, establece como algunos deberes de los empleadores frente a sus trabajadores ante el SGSSS, los siguientes: “1. Inscribir en alguna EPS a todas las personas que tengan alguna vinculación laboral, sea esta, verbal o escrita, temporal o permanente (...) a) Pagar cumplidamente los aportes que le corresponden, de acuerdo con el artículo 204; b) Descontar de los ingresos laborales las cotizaciones que corresponden a los trabajadores a su servicio, y c) Girar oportunamente los aportes y las cotizaciones a la Entidad Promotora de Salud, de acuerdo a la reglamentación que expida el Gobierno”.

El párrafo del artículo en comento, determina que los empleadores que no observen lo dispuesto en el presente artículo, estarán sujetos a las sanciones previstas en los artículos 22 y 23 de esta Ley, en virtud de los cuales, los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados, generarán un interés moratorio a cargo del empleador; además, los perjuicios por la negligencia en la información laboral, incluyendo la subdeclaración de ingresos, corren a cargo del patrono.

La atención de los accidentes, riesgos y eventualidades por enfermedad general y maternidad, serán cubiertos en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente. Lo anterior, da lugar también a la aplicación de sanciones administrativas para el empleador por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

2.3 SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES

2.3.1 Objeto del Sistema de Pensiones

De acuerdo a lo establecido por el artículo 10 de la ley 100 de 1993, el objeto del Sistema General de Pensiones, no es otro, que garantizar a la población colombiana, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las respectivas pensiones y sus correspondientes prestaciones económicas. Igualmente tiene como objeto la ampliación de la cobertura de todos los habitantes del territorio nacional que no se encuentren cobijados por este sistema.

2.3.2 Marco normativo

Leyes 100 de 1993, 797 y 860 de 2003 y Acto Legislativo 01 de 2005.

2.3.3 Ámbito de cobertura

El Sistema General de Pensiones, salvo las excepciones contenidas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, se aplica a todos los habitantes del territorio Nacional, respetando y manteniéndose la vigencia de los derechos adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores, pactos o convenciones colectivas de trabajo. (Ley 100 /93. art. 11). Las excepciones de las que trata la ley son las siguientes:

- Los miembros de las Fuerzas Militares, de la Policía y los funcionarios del DAS mantienen su régimen pensional hasta que el Presidente de la República lo modifique mediante decreto con fuerza de Ley.
- Funcionarios de ECOPETROL, vinculados con anterioridad al 29 de enero de 2003, también conservan su régimen pensional. Quienes se vinculen a esta entidad, con posterioridad a dicha fecha deben afiliarse al Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993.

- Los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la ley 91 de 1989.
- Trabajadores de empresas que a 23 de diciembre de 1993 estaban en concordato preventivo y obligatorio.
- Miembros no remunerados de las corporaciones públicas.

2.3.4 Principales características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones⁹

- Se desmonopolizó el manejo del aseguramiento social de riesgos al autorizar la creación de múltiples Administradoras de Fondos Pensionales (AFP), las cuales han permitido la vinculación de nuevos afiliados al sistema y han propiciado el traslado de otros desde el ISS hacia nuevas administradoras, y viceversa, dentro del esquema de libre competencia contenido en la ley 100 de 1993.
- El SGP tiene en principio una financiación bipartita y se nutre sólo de los aportes de los patronos y los trabajadores. No obstante el Estado está en la obligación de responder en última instancia con los recursos fiscales para garantizar la pensión mínima de todos los afiliados y de cubrir la eventual insolvencia del ISS.
- La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes y dicha afiliación implica la obligación de efectuar aportes.¹⁰
- Hay libertad de escogencia entre los dos regímenes pensionales que contempla la ley. Sin embargo no es posible la concurrencia de ambos, porque uno y otro son incompatibles.
- Se garantiza una pensión mínima.

¹⁰ Ley 797 de 2003, art. 2

- Los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva de acuerdo con el régimen al cual estén afiliados y de conformidad con lo previsto en la presente ley¹¹.
- Ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de Invalidez y vejez.
- El Estado es responsable de la dirección, coordinación y control del Sistema General de Pensiones y garante de los recursos pensionales aportados por los afiliados, en los términos de esta ley, y controlará su destinación exclusiva, custodia y administración.
- Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran¹².
- Se establece el control y vigilancia de la Superintendencia Financiera como organismo regulador de la actividad de las entidades administradoras de cada uno de los regímenes del sistema.
- Se crea un Fondo de Solidaridad Pensional (FSP), el cual estará destinado a ampliar la cobertura mediante el subsidio a grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso al Sistema de Seguridad Social. El FSP opera como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Protección social, y cuyos recursos son administrados mediante una fiducia. Los recursos captados, se dividen a su vez, en dos subcuentas, denominadas: de Solidaridad y de Subsistencia.
- Este fondo opera en forma semejante al Régimen Subsidiado de la Seguridad Social en Salud.

¹¹ Ibid

¹² Ibid

2.3.5 Regímenes pensionales

Existen dos Regímenes Pensionales debidamente reglamentados como opciones para acogerse al Sistema General de Pensiones. Estos se caracterizan principalmente porque protegen las mismas contingencias: vejez, invalidez y muerte¹³; y adicionalmente porque coexisten, se excluyen y son solidarios. A continuación analizaremos cada uno.

2.3.5.1 Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM)

Este régimen se caracteriza por ser solidario y de prestación definida, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la construcción de reservas. Su administración está a cargo del Instituto de Seguros Sociales (ISS), con la facultad de recibir nuevos afiliados al sistema y recibir afiliados que se trasladan desde el Régimen de Ahorro Individual, dentro del esquema de libre competencia.

2.3.5.2 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS)

De acuerdo a la denominación legal que trae el artículo 59 de la ley 100 de 1993, este régimen se define como: “el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados (...)”.

Este régimen está basado en el ahorro individual en cuentas individuales, proveniente de las cotizaciones obligatorias y voluntarias y sus respectivos rendimientos financieros; propende, además, por la libre competencia las

¹³ Estas dos últimas son las que tienen trascendencia en el mundo de la Responsabilidad Civil, pues son los que pueden derivarse como consecuencia del hecho ilícito de un tercero.

diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados.

No obstante su énfasis en adecuarse a las normas del mercado, el RAIS tiene dos mecanismos de solidaridad: uno a cargo de sus propios recursos, y otro con cargo a los recursos destinados a financiar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima¹⁴.

Las cuentas de ahorro individual son administradas por las Administradoras de Fondos Pensionales (AFP) que están sujetas a la vigilancia y control del Estado, por parte de la Superintendencia Financiera.

Las AFP deben garantizar una rentabilidad mínima del fondo de pensiones que administran. Con su patrimonio garantizan el pago de dicha rentabilidad y el desarrollo del negocio de administración del fondo de pensiones. Sin embargo el conjunto de cuentas individuales de ahorro pensional constituye un patrimonio autónomo, totalmente independiente del patrimonio de la AFP, el cual es de propiedad de los afiliados y se denomina Fondo de Pensiones.

A diferencia del Régimen de Prima Media, en este régimen existen unas personas que no pueden afiliarse, que son los pensionados por invalidez por el Instituto de Seguros Sociales o por cualquier fondo, caja o entidad del sector público, y las personas que al entrar en vigencia el sistema tuvieran cincuenta y cinco (55) años o más de edad, si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad, si son mujeres, salvo que decidan cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen, caso en el cual será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.

¹⁴ FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS (FASECOLDA). 10 años de Seguridad Social en Colombia. Departamento de Publicaciones Fasecolda, 2003. p. 159 - 160

La diferencia sustancial entre uno y otro régimen es importante al momento de analizar la pensión de vejez, porque respecto a las otras prestaciones, son los mismos requisitos para cualquiera de los dos.

2.3.6 Prestaciones del Sistema de Pensiones

Las prestaciones de este sistema son de contenido netamente económico, no hay lugar a las prestaciones asistenciales, a diferencia del Sistema de Salud y Riesgos Profesionales, en los cuales hay lugar a ambos tipos de prestaciones. Las prestaciones del Sistema de Pensiones son¹⁵:

2.3.6.1 Pensión de vejez

En esta prestación se protege la disminución de los ingresos producto de la vejez, con el fin de garantizar, como su nombre lo indica, la supervivencia en esta etapa avanzada de la vida. Los requisitos para acceder a la pensión y su monto dependen del régimen pensional que libremente haya elegido el afiliado.

Para el caso del RPM, la ley establece el monto de la pensión, así: Por las 1.000 primeras semanas de cotizadas, se otorga el equivalente al 65% del ingreso base de liquidación¹⁶. Por cada 50 semanas adicionales entre las 1.000 y las 1.200, este porcentaje se incrementa en un 2%, con la posibilidad de llegar hasta un 73% del IBL. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, éste porcentaje

¹⁵ Para efectos del análisis que se realizará en capítulos posteriores, el elemento que consideramos más importante y del cual damos cuenta, es el monto de cada prestación, sin embargo, quien leyendo esta tesis este interesado en profundizar en los requisitos para acceder a la pensión o la forma de afiliarse a uno y otro régimen, los remitimos a la ley laboral.

¹⁶ El Ingreso Base de Liquidación (IBL) es el promedio de los salarios sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la Pensión, o es el promedio de salarios de todo el tiempo (si aquel fuere inferior), para el caso de las Pensiones de Invalidez o Supervivencia, actualizados de acuerdo al IPC. El IBL se utiliza para calcular el monto de las Pensiones de Invalidez y Supervivientes en ambos regímenes y el de la Pensión de Vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. También se utiliza para evaluar los excedentes de libre disponibilidad en el régimen de ahorro individual.

se incrementa en un 3% en el lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de cotización¹⁷.

Para el caso del RAIS, el artículo 64 de la ley 100 de 1993, se refiere al tema en los siguientes términos: “los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste hubiere lugar”.

No obstante, para éste régimen pensional, en el artículo 65 de la ley 100 de 1993, (modificado por la ley 797 de 2003, art. 14), se consagró la Garantía de Pensión Mínima, así: “los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad, si son hombres, y cincuenta y siete (57), si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta (1.150) semanas tendrán derecho a que el Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión. A partir del 1° de enero de 2009 el número de semanas se incrementarán en veinticinco (25) semanas cada año hasta alcanzar 1.325 semanas de cotización en el 2015”.

¹⁷ El artículo 10 de la ley 797 de 2003 introdujo fórmulas matemáticas mas precisas para calcular el monto de la pensión de vejez en forma decreciente, en función de su nivel de ingresos y exigiendo mas semanas cotizadas. Para ampliar la información al respecto, remitirse al artículo citado.

2.3.6.2 Pensión de invalidez

Esta es la Pensión que garantiza el cubrimiento de contingencias económicas derivadas de la invalidez. Esta prestación se le otorga a personas de cualquier edad que se consideren incapacitadas de forma total y permanente por cualquier causa de origen no profesional, (riesgo común), no provocada intencionalmente y que haya ocasionado una pérdida del 50% o más de su capacidad laboral.

De conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la ley 100 de 1993, el monto mensual de la pensión de invalidez el monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

- El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.
- El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.
- La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación. En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

2.3.6.3 Pensión de sobrevivientes

Esta prestación se otorga para garantizar la capacidad de supervivencia del cónyuge, sus hijos o familiares dependientes, cotizante principal o pensionado, una vez éste ha fallecido por causas naturales, enfermedad o accidente no profesional.

Son beneficiarios de esta prestación, una vez fallece el afiliado o pensionado, los siguientes¹⁸:

a) En forma vitalicia, **el cónyuge o la compañera o compañero permanente** o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad.(...)

b) En forma temporal, el cónyuge o **la compañera permanente** supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un **compañero o compañera permanente**, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, **la compañera o compañero permanente** podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos

¹⁸ Ley 797 de 2003, art. 13

adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993; (El texto **subrayado fue declarado Inexequible por la Corte Constitucional en la sentencia C- 1094 de 2003**).

d) A falta de cónyuge, **compañero o compañera permanente** e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este; (El texto **subrayado fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C- 111 de 2006**)

e) A falta de cónyuge, **compañero o compañera permanente**, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste."

La expresión en negrilla "Compañero o compañera permanente", fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C - 336 de 2008, en el entendido que también son beneficiarias de la pensión de sobreviviente, las parejas permanentes del mismo sexo cuya condición sea acreditada en los términos señalados en la Sentencia C- 521 de 2007, para las parejas heterosexuales.

El monto mensual de la pensión de sobrevivientes de conformidad con el artículo 48 de la ley 100 de 1993, se estable en los siguientes términos:

"(...) Por muerte del pensionado será igual al 100% de la pensión que aquel disfrutaba.

(...) Por muerte del afiliado será igual al 45% del ingreso base de liquidación más 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas adicionales de cotización a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso el monto de la pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente".

2.3.6.4 Indemnización sustitutiva o devolución de saldos

Se utiliza una u otra denominación dependiendo del régimen pensional, la primera para el RPM y la segunda para el RAIS. Este tipo de prestación es procedente cuando al pretender una de las tres prestaciones anteriores (pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes), no se alcanza a cumplir con los requisitos de las

semanas cotizadas o no se reúne en la subcuenta del afiliado, el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo; pero, sin embargo se cumple con el requisito de la edad, la invalidez o la muerte, correspondientemente. En este evento se tendrá derecho en el Régimen de Prima Media a una indemnización equivalente a la proporción aportada de un salario base de liquidación promedio semanal, multiplicado por el número de semanas cotizadas (Ley 100/93, art. 37) y para el caso del RAIS, habrá lugar a devolución del saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y el valor del bono pensional si hubiere lugar a este.

2.3.6.5 Auxilio funerario¹⁹

La persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que éste auxilio pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.

Cuando los gastos funerarios por disposición legal o reglamentaria deban estar cubiertos por una póliza de seguros, el Instituto de Seguros Sociales, cajas, fondos o entidades del sector público podrán repetir contra la entidad aseguradora que lo haya amparado, por las sumas que se paguen por este concepto.

¹⁹ Tomado de la ley 100 de 1993, art. 51

2.3.7 Consecuencia de la no afiliación al Sistema y de la mora en las cotizaciones

La ley 100 en el artículo 133 establece la figura jurídica de la PENSIÓN SANCIÓN, la cual busca otorgarle una pensión al trabajador, que como consecuencia de la no afiliación al sistema por parte del empleador, no puede obtener su pensión. Siempre y cuando se cumpla con los requisitos de ley. En este caso, el empleador debe al trabajador las prestaciones que hubiese asumido el sistema General de Pensiones.

2.4 SISTEMA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN RIESGOS PROFESIONALES

El Sistema de Riesgos Profesionales, reglamentado principalmente por el Decreto 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002, “es el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan”²⁰.

Siendo entonces el Sistema General de Riesgos Profesionales el subsistema de la Seguridad Social destinado a dar cubrimiento a la población trabajadora por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, su cobertura está ligada a la existencia de un contrato laboral o de aprendizaje (salvo el caso de los trabajadores independientes, los cuales tienen la facultad de afiliarse a este sistema sin que sea necesaria la existencia de un contrato laboral, pues lo esencial es que como trabajadores están sometiendo al riesgo cubierto por el Sistema General de Riesgos Profesionales, éste es, el riesgo producido por la actividad laboral).

²⁰ Artículo 1 Decreto Ley 1295 de 1994

El SGRP se estructura a partir de la existencia de un riesgo creado por el empleador, es decir, parte de la premisa según la cual, el trabajador, por el hecho mismo del cumplimiento de su trabajo, está expuesto a lesiones corporales o enfermedades que se originan en el ejercicio de su oficio, por lo tanto no se toma en cuenta la culpa del empleador sino que se establece una responsabilidad objetiva, en virtud de la cual el empleador está obligado a reparar los perjuicios que sufre el trabajador en desarrollo de su labor; carga que es delegada, en virtud de un mandato legal, a las entidades Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP) las cuales a través de la afiliación y pago de cotización, se encargará de brindar las prestaciones asistenciales y económicas, consagradas en la ley, al trabajador víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Estas entidades tienen a su cargo la realización de actividades de prevención, asesoría y evaluación de riesgos laborales.

El SGRP se aplica a todas las empresas que funcionen en el territorio nacional, y a los trabajadores, contratistas y subcontratistas de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general.

El Sistema General de Riesgos Profesionales se encuentra pues integrado por los siguientes actores, diferenciados por las funciones, obligaciones y derechos de los que son titulares:

- Dirección, orientación, vigilancia y control: estas funciones se encuentran a cargo del Estado, quien las ejerce a través del Gobierno Nacional, el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Financiera, quienes establecen las directrices de funcionamiento y vigilan su cumplimiento.
- Administración del Sistema: corresponde a las entidades Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP), que se encargan de la afiliación, registro, recaudo de las cotizaciones, reconocimiento las prestaciones asistenciales y

económicas a que haya lugar, y realizar actividades de prevención, asesoría y evaluación de riesgos profesionales.

- Estas entidades pueden ser de naturaleza pública, o privada, las segundas constituidas como aseguradoras de vida autorizadas por la Superintendencia Financiera para administrar el ramo de riesgos profesionales.
- Empleador: es el responsable de los riesgos originados en su ambiente de trabajo, surgiendo para él, por mandato de la Ley, la obligación de trasladar ese riesgo a una ARP, mediante su afiliación como empleador y la vinculación con ella de todos los trabajadores que tenga a su cargo. El empleador es además responsable de pagar la totalidad de la cotización por cada uno de sus trabajadores, trasladar la cotización oportunamente a la ARP y poner en práctica las medidas especiales de prevención frente a los riesgos profesionales.
- Trabajadores: por el hecho de correr un riesgo laboral impuesto por el empleador, los trabajadores deben ser afiliados por éste al sistema, adoptando la calidad de beneficiarios del mismo como sujetos protegidos. Son deberes de los trabajadores: “procurar el cuidado integral de su salud y suministrar información clara, veraz y completa sobre su estado de salud. Deben, además, cumplir las normas, reglamentos e instrucciones de los programas de salud ocupacional de la empresa, participar en las actividades de promoción y prevención (...) y utilizar los elementos de protección personal (...).”²¹

2.4.1 Afiliación y cotización

La existencia de una relación laboral, implica para el empleador la obligación de afiliar a sus trabajadores al SGRP. La afiliación es pues obligatoria para los trabajadores dependientes nacionales o extranjeros, vinculados mediante contrato

²¹ FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS (FASECOLDA). 10 años de Seguridad Social en Colombia. Departamento de Publicaciones Fasescolda, 2003. p. 222

de trabajo o como servidores públicos. También lo es para los jubilados o pensionados que retomen la actividad laboral como trabajadores dependientes, y para los aprendices durante la etapa práctica.

Por su parte, los trabajadores independientes se pueden afiliar voluntariamente a través su contratante, siendo el contratista, a diferencia del caso de los trabajadores dependientes, quien asume la obligación de realizar la cotización correspondiente.

Las prestaciones requeridas por los trabajadores en los casos de accidente de trabajo y enfermedad profesional serán cubiertas en su totalidad por el patrono en caso de no haberse efectuado la inscripción del trabajador o no gire oportunamente las cotizaciones en la entidad de seguridad social correspondiente.

En riesgos profesionales, debe indicarse que conforme lo estipula el artículo 16 del Decreto-Ley 1295 de 1994, la no afiliación o no pago de aportes del trabajador origina que el empleador deba asumir las contingencias que por dicha circunstancia no asuman las ARP.

2.4.2 Ámbito de protección

El objeto del SGRP es prevenir y reparar los daños ocasionados por el infortunio laboral, sea este accidente de trabajo o enfermedad profesional. A continuación describiremos estos dos conceptos que delimitan el ámbito de protección del SGRP.

2.4.2.1 Accidente de trabajo

Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produzca durante la ejecución de órdenes del empleador o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo. Igualmente, se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

No se consideran accidentes de trabajo:

- El que se produzca por la ejecución de actividades diferentes de aquellas para las cuales fue contratado, tales como labores recreativas, deportivas o culturales, a menos que actúe por cuenta o en representación del empleador.
- El sufrido por el trabajador fuera de la empresa, durante los permisos remunerados o sin remuneración, incluso los permisos sindicales.

2.4.2.2 Enfermedad profesional

De acuerdo con el artículo 11 del Decreto Ley 1295 de 1994, se considera Enfermedad Profesional “Todo estado patológico permanente o temporal que sobrevenga como consecuencia obligada y directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador, o del medio en que se ha visto obligado a trabajar.”

De acuerdo con el artículo 340 del Decreto Ley 1295 de 1994, todo afiliado al SGRP que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, o como consecuencia de ellos se incapacite, se invalide o muera, tiene derecho a que el

sistema le preste los servicios asistenciales y le reconozca las prestaciones económicas, a que haya lugar de acuerdo con la normatividad vigente. En caso de que la empresa no esté debidamente afiliada, las prestaciones quedan a cargo del empleador.

Por último, en cuanto a la determinación del origen del evento, es decir, para establecer si el accidente o enfermedad es de origen común o profesional, es necesario tener en cuenta que en Colombia existe una presunción sobre el origen común de la enfermedad o accidente, de acuerdo a lo consagrado en el artículo 12 del Decreto Ley 1295 de 1994, según el cual “Toda enfermedad o patología, accidente o muerte que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que se requiere demostrar la relación existente entre el evento y el trabajo, incluso en los casos en que el evento ocurra durante la jornada laboral o en el lugar de trabajo, para poder definir como de origen profesional la enfermedad o accidente acaecido, ya que debe entenderse que “la profesionalidad de un infortunio no se produce porque el hecho ocurra en el sitio de trabajo o prestando el servicio, sino por la conexión directa o indirecta con el trabajo, ya que de conformidad con el artículo 9 del Decreto 1295 de 1994, es claro que un accidente para que pueda calificarse como profesional es indispensable que ocurra por causa o con ocasión del trabajo, expresiones que han llevado a la doctrina pacíficamente a sostener como único criterio válido el ETIOLÓGICO y no los CRONOLÓGICOS (asociados a la jornada de trabajo) o los TOPOGRÁFICOS (asociados a la empresa o al trabajo mismo...)”²².

²² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral - Radicado 32126 del 11 de febrero de 2009

2.4.3 Prestaciones asistenciales

El artículo 5 del Decreto Ley 1295 de 1994 establece que todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional tendrá derecho, según sea el caso, a:

- Asistencia médica, quirúrgica, terapéutica y farmacéutica.
- Servicios de hospitalización.
- Servicio odontológico.
- Suministro de medicamentos.
- Servicios auxiliares de diagnóstico y tratamiento.
- Prótesis y órtesis, su reparación, y su reposición solo en casos de deterioro o desadaptación, cuando a criterio de rehabilitación se recomienda.
- Rehabilitaciones física y profesional.
- Gastos de traslado, en condiciones normales, que sean necesarios para la prestación de estos servicios.

De acuerdo con el artículo en mención, estas prestaciones serán brindadas por la EPS del trabajador, los gastos derivados de estos servicios médicos se encuentran a cargo de la ARP correspondiente.

Los tratamientos de rehabilitación profesional y los servicios de medicina ocupacional, podrán ser prestados por las ARP.

2.4.4 Prestaciones económicas

Todo trabajador que sufra un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones económicas a que haya lugar de acuerdo con la Ley, las cuales están a cargo de la ARP a la cual se encuentre afiliado, o en su defecto, a cargo del empleador. A continuación haremos una descripción de las prestaciones económicas en el SGRP:

2.4.4.1 Incapacidad temporal

Prestación de carácter temporal que se calcula a partir del día siguiente de la ocurrencia del accidente de trabajo, o desde el día siguiente del inicio de la incapacidad por enfermedad diagnosticada como de origen profesional, hasta su rehabilitación, readaptación o curación, declaración de la Incapacidad Permanente Parcial, Invalidez o Muerte. Equivale al 100% del salario base de cotización.

2.4.4.2 Indemnización por incapacidad permanente parcial

La incapacidad permanente parcial se presenta cuando el trabajador, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, sufre una disminución parcial pero definitiva en las facultades para realizar su trabajo, igual o superior al 5% de la capacidad laboral, pero inferior al 50%.

Una vez definida la pérdida de capacidad laboral, el trabajador tiene derecho a una indemnización proporcional al daño sufrido, no inferior a 2 salarios base de liquidación, ni superior a 24 veces su salario base de liquidación.

2.4.4.3 Pensión de invalidez

“Se considera inválida a la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral, de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez”²³

El monto de la pensión varía según el nivel de la invalidez, así:

- Cuando la invalidez es inferior al 66%, la pensión de invalidez será equivalente al 60% del ingreso base de liquidación.
- Cuando la invalidez sea superior al 66%, la pensión de invalidez será equivalente al 75% del ingreso base de liquidación.
- Adicionalmente, cuando el pensionado por invalidez requiere del auxilio de otras personas para realizar las funciones elementales de su vida, el monto de la pensión se incrementa en un 15%.

2.4.4.4 Pensión de sobrevivientes

Prestación a la que tiene derecho el cónyuge o la compañera o compañero permanente, los hijos menores de 18 años o hasta los 25 años si estudian, o a falta de estos, serán beneficiarios los padres del causante o los hermanos inválidos que dependieran de él, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, cuando como consecuencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, sobreviene la muerte del afiliado, o muere un pensionado por riesgos profesionales.

En caso de muerte de un afiliado, la pensión de sobrevivientes será equivalente al 75% del salario base de liquidación; si se trata de la muerte de un pensionado por

²³ Ibíd, p. 232

invalidez de origen profesional, la pensión de sobrevivientes será equivalente al 100% de lo que el causante recibía como pensión de invalidez.

2.4.4.5 Auxilio funerario

De acuerdo con el artículo 86 de la Ley 100 de 1993, “la persona que compruebe haber sufragado los gastos de entierro de un afiliado o pensionado, tendrá derecho a percibir un auxilio funerario equivalente al último salario base de cotización, o al valor correspondiente a la última mesada pensional recibida, según sea el caso, sin que pueda ser inferior a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ni superior a diez (10) veces dicho salario.”

3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LOS TERCEROS QUE EFECTÚAN PAGOS A LA VÍCTIMA

3.1 INTRODUCCIÓN

En virtud de la afiliación y cotización a las entidades administradoras de cada uno de los subsistemas de la Seguridad Social (EPS, AFP / ISS y ARP), una vez se presenta la contingencia cubierta, surge para la respectiva entidad la obligación de asumir las prestaciones a las que haya lugar de acuerdo a la ley y la naturaleza del riesgo acaecido. Cuando la contingencia protegida ocurre como consecuencia del hecho ilícito de un tercero, se presenta la problemática acerca de la posibilidad de que la víctima acumule las prestaciones provenientes de la Seguridad Social, que en cierta forma buscan reparar el daño sufrido por el afiliado, con la indemnización que el civilmente responsable debe pagar.

La misma discusión se presenta cuando la víctima recibe la reparación del daño que sufrió de una aseguradora en virtud de un seguro de daños que ella había contratado, o cuando lo recibe en virtud de un seguro de responsabilidad civil que había contratado el responsable; incluso puede ocurrir que un tercero sin vínculo jurídico previo que lo obligue frente a alguna de las partes de la relación obligacional que surge en virtud de la responsabilidad civil, decida reparar el daño sufrido por la víctima.

De esta forma, el daño sufrido por la víctima puede activar múltiples mecanismos de reparación o compensación provenientes de diferentes figuras jurídicas, como la responsabilidad civil, la seguridad social y los seguros privados, entre otros.

Esta situación, da lugar a una relación tripartita de intereses contrapuestos en la que, por un lado, está el **responsable** del hecho ilícito, para quien surge la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados a la víctima, de acuerdo con

las normas generales de la responsabilidad civil; por otro lado se encuentra la **víctima**, quien como consecuencia del hecho ilícito del responsable, ha sufrido un detrimento patrimonial o una afectación extrapatrimonial, lo cual le faculta para reclamar a quién le ocasionó el daño, la indemnización plena de perjuicios; por último, puede ocurrir que el daño que sufre la víctima origine además de la obligación a cargo del responsable, obligaciones a cargo de **terceros** y a favor de ésta.

Generalmente, el tercero ya ha pagado a la víctima cuando ésta demanda al responsable, puesto que normalmente frente al tercero se cuenta con vías más expeditas para lograr el pago de las obligaciones que para él surgen como consecuencia del daño sufrido por la víctima.

Entonces, al pretender la víctima la indemnización a cargo del responsable, este último podría aducir, en primer lugar, que ya el daño no existe, en tanto que ya fue reparado en todo o en parte con el pago realizado por el tercero, y al no subsistir el daño, no se cumple con uno de los requisitos de la responsabilidad civil. También podría el responsable, en aras de su defensa, argumentar que como consecuencia del pago realizado por el tercero, no es el demandante (víctima) el titular de la acreencia, sino el tercero que pagó, ya que de pagarle a la víctima, estaría corriendo el riesgo de verse abocado a pagar dos veces, lo cual ocurriría si el tercero posteriormente llegara a reclamarle.

También puede ocurrir, que la víctima demande al responsable antes de que el tercero pague. En este caso, el responsable podría alegar que existe un tercero llamado a pagarle, con lo cual el perjuicio quedaría resarcido, extinguiéndose así la obligación a cargo del responsable.

Por su parte, el tercero que pagó, al ver que el hecho generador de su obligación es un daño imputable a otro, puede pretender recuperar lo pagado demandando al

responsable, quien a su vez, podría defenderse argumentando que es la víctima quien está facultada para reclamarle (al responsable) , toda vez que fue ésta la que sufrió el perjuicio, y en el caso de ya haberla indemnizado, aducir, que ya cumplió su obligación, defendiéndose así de un doble pago.

Por último, la víctima invocando la existencia de causas jurídicas diferentes, podría pretender acumular lo pagado por el tercero, con la indemnización plena de perjuicios a cargo del responsable.

A partir de la situación descrita, es necesario hacer las siguientes precisiones con ocasión de los argumentos que podrían esgrimir cada uno de los sujetos que intervienen en este escenario (responsable, víctima y tercero).

3.2 LA IMPUTACIÓN DEL PAGO QUE REALIZA EL TERCERO

La acumulación puede dar lugar a un conflicto entre la reparación integral del daño y el enriquecimiento sin causa de la víctima, cuando pagos con carácter extintivo de la obligación indemnizatoria carecen de reconocimiento legal o contractual en tal sentido, permitiendo así que la víctima pueda recibir un doble pago por un mismo daño.

Es así como, por un lado podría pensarse que si se permite a la víctima acumular lo recibido del tercero con la indemnización plena de perjuicios a cargo del responsable, habría lugar a un enriquecimiento aparentemente sin justa causa de ésta, pues se configuraría un doble pago, dado que una vez resarcido el perjuicio, recibiría un monto adicional que podría estar también dirigido a reparar el daño.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que “para la configuración del enriquecimiento sin causa, resulta esencial no advertir una razón que justifique un traslado patrimonial, es decir, se debe percibir un enriquecimiento correlativo a un

empobrecimiento, sin que dicha situación tenga un sustento fáctico o jurídico que permita considerarla ajustada a derecho²⁴; siendo entonces, uno de los elementos necesarios para que se configure el enriquecimiento sin causa, como su nombre lo indica, la ausencia de una causa que justifique la ocurrencia de los otros dos elementos, a saber, un aumento patrimonial a favor de una persona y una disminución patrimonial en contra de otra.

Para el caso en que concurren la indemnización a cargo del responsable con mecanismos de reparación provenientes de figuras jurídicas diferentes a la responsabilidad civil, puede decirse que para cada uno de estos pagos existe un justo título, que legitima a la víctima para pretender el pago de uno y otro; pues, por un lado, a partir de las normas generales de la responsabilidad civil, cuando una persona produce un daño a otra, hay lugar al surgimiento de una relación obligacional entre dos sujetos, a saber, víctima (acreedor) y responsable (deudor), cuyo objeto es la indemnización plena de perjuicios; mientras que por otro lado, puede surgir una obligación a cargo un tercero derivada de títulos diversos como la afiliación a la Seguridad social, la existencia de un contrato de seguro, etc., los cuales hacen surgir a favor de la víctima una prestación, una vez acaezca la contingencia protegida por el sistema o el riesgo asumido en cabeza del tercero, según sea el caso.

A partir de lo anterior, podría entenderse que la víctima puede acumular los pagos recibidos, por derivarse de fuentes diferentes y por existir título que justifique ese traslado patrimonial. Al respecto, podría pensarse que ello terminaría rompiendo el Principio de la Indemnización Plena del Daño, en virtud del cual, el responsable debe indemnizar el daño causado, sin que ello signifique empobrecimiento, ni enriquecimiento de la víctima; dado que, en este caso, como la víctima recibe de ambos sujetos pagos diferentes, que son derivados de un mismo hecho, puede

²⁴ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 25662 del 30 de marzo de 2006. MP. Ramiro Savedra Becerra

entenderse que está recibiendo más del valor de su daño.

Ante la necesidad de resolver este conflicto, se hace necesario tener en cuenta que la víctima puede recibir diferentes pagos, pero en principio, sólo será a título de indemnización, aquel que efectúa el responsable con el fin de extinguir la obligación que para él surgió una vez configurados los elementos que dan lugar a la responsabilidad civil; lo cual no obsta para que a otros pagos provenientes de otros sujetos en determinadas condiciones se les reconozca carácter indemnizatorio, caso en el cual no podrán acumularse con la indemnización plena de perjuicios a cargo del responsable.

La idea según la cual sólo tiene carácter indemnizatorio el pago que efectúa el responsable con el fin de extinguir la obligación de reparar el daño sufrido por la víctima, parte de las consideraciones que expondremos a continuación.

3.2.1 El concepto de reparación

El concepto de reparación, según el lenguaje común, no coincide necesariamente con su acepción jurídica. Para el lenguaje común, la reparación se produce cuando la víctima recibe, por cualquier vía y de cualquier persona, el dinero necesario para recuperar la situación anterior a la ocurrencia del daño. Es posible, que recurriendo a esta acepción vulgar del término “reparación”, el responsable busque defenderse de la demanda cuando un tercero ha realizado un pago a favor de la víctima, argumentando que ya no existe el elemento daño, ya que éste fue reparado por un tercero.

Sin embargo, a partir del término reparación en sentido jurídico, no podría llegarse a la misma conclusión, puesto que éste designa el cumplimiento de la obligación que surge a cargo del responsable y a favor de la víctima, cuyo propósito es restablecer el equilibrio alterado y ponerla en una situación similar a la que

hubiese gozado si el daño no hubiese tenido lugar²⁵.

En este sentido, el término reparación designa realmente una prestación, esto es el objeto de la obligación que surge a cargo del responsable y a favor de la víctima, en virtud de la responsabilidad civil. Se trata de una obligación autónoma, susceptible de ser cumplida por el propio deudor o por un tercero, es decir, alguien que no obra a nombre o por cuenta del deudor; por lo tanto, independientemente de quien cumpla dicha obligación indemnizatoria, su cumplimiento da lugar, en principio, a la extinción de la obligación, ya que constituye el destino natural de ella.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario establecer con claridad quién puede “reparar”, es decir, hacer el pago de la obligación del responsable frente a la víctima. Para ello, es necesario determinar cómo se extinguen las obligaciones y de esta manera saber cuándo se libera el deudor (responsable) y cuándo hay sólo una apariencia de liberación.

3.2.2 Del pago, sus efectos y procedencia

El modo normal de extinguir los vínculos obligacionales que atan a los deudores y los ponen en la necesidad de realizar prestaciones en provecho de sus acreedores, es el pago de la prestación.

El cumplimiento de la prestación debida satisface el derecho del acreedor, quien ya no puede exigirle nada al deudor. El nexo jurídico que los unía se extingue, se soluciona, por regla general²⁶.

²⁵ DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. El Seguro de Responsabilidad. Primera Edición. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2006. p. 109

²⁶ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Séptima edición. Bogotá: Editorial Temis. 2001. p 316 y ss.

Normalmente, las obligaciones deben ser cumplidas por la persona a cuyo cargo existen directa o subsidiariamente, es decir, por el deudor absoluto o sus herederos, por sus representantes legales o convencionales, por los codeudores solidarios o de la obligación indivisible o por quienes acceden a la obligación principal ajena, ya directamente como fiadores, o ya indirectamente como el propietario del bien hipotecado o pignorado en garantía de aquella. Pero como ya se dijo, los terceros también están autorizados por la ley para hacer el pago, aun sin el consentimiento o contra la voluntad del deudor, y aún a pesar del acreedor (Art. 1630 C.C.).

Es así, como en primer lugar, nos referiremos a las personas a cuyo cargo se encuentra la obligación, analizando con mayor detenimiento el escenario en el que el sujeto pasivo de la obligación es plural, con el fin de determinar si cuando uno de los codeudores paga, está pagando una obligación propia o ajena, y posteriormente entraremos a analizar qué sucede frente a los terceros que pagan la obligación.

3.2.2.1 Pago del deudor único

Es la persona a cuyo cargo surgió la obligación, por lo cual está obligado a pagar la prestación debida. El pago realizador por el deudor único implica la extinción de la deuda, y por ende la liberación del deudor frente al acreedor, pues quedando satisfecho el acreedor, ya nada puede exigirle al deudor.

Para que haya lugar a la extinción total de la obligación, el deudor deberá haber pagado en debida forma la prestación debida, es decir, tendrá que haber ejecutado a cabalidad la prestación a su cargo. Adicionalmente, tendrá que haber realizado el pago oportunamente, lo cual dependerá de la modalidad bajo la cual haya surgido la obligación; pues “si ésta es pura y simple debe cumplirse, vale decir, pagarse, una vez nacida; si es condicional, al realizarse el hecho futuro e

incierto condicionalmente; y si es a plazo, a la llegada del día o al realizarse el hecho futuro y cierto señalado como término para el cumplimiento.”²⁷

Entonces, el pago realizado en debida forma por el deudor único, extingue el vínculo que existía entre acreedor (víctima) y deudor (responsable), extinción que constituye su destino natural, pues la obligación surge para ser cumplida por la persona que se obligó a ello, y es ese cumplimiento el que da lugar a la satisfacción del acreedor.

3.2.2.2 Pago del codeudor solidario

“La solidaridad es la modalidad que impide la división normal de las obligaciones subjetivamente complejas cuyo objeto sea naturalmente divisible, haciendo que cada deudor o cada acreedor (pues la solidaridad también puede darse por activa) lo sea respecto a la totalidad de la prestación.”²⁸

Se trata entonces de una institución excepcional, pues en principio, siendo la prestación divisible y existiendo pluralidad en los sujetos, la deuda se dividiría de pleno derecho, quedando la obligación simplemente conjunta; sin embargo, por una norma proveniente de la ley, la convención o el testamento, la obligación se convierte en solidaria.

Para efectos de nuestro trabajo, nos ocuparemos específicamente de la solidaridad por pasiva, caso en el cual esta figura constituye claramente una institución de garantía, pues dota al acreedor de varios patrimonios que respondan por la totalidad del daño (si se trata de la obligación de reparación que surge en virtud de la responsabilidad civil) o de la prestación objeto de un contrato, facultando al acreedor para organizar el cobro del crédito a su discreción,

²⁷ Ibíd, p. 348

²⁸ Ibíd, p. 234

pudiendo cobrar la totalidad de la deuda a cualquiera de los obligados solidarios, sin que estos puedan proponer, como si ocurre en el caso de la fianza, el beneficio de excusión, en virtud del cual puede exigir que antes de proceder contra él se persiga la deuda en los bienes del deudor principal, y en las hipotecas o prendas prestadas por éste para la seguridad de la misma deuda (artículo 2383 del Código Civil); ni de división, en virtud del cual el acreedor sólo puede exigir a cada uno de los codeudores la cuota en la deuda que le corresponda (artículo 2392 del Código Civil).

El codeudor solidario puede constituirse como tal sin tener interés alguno en la deuda, sino como garante de otro u otros deudores, o puede participar en la deuda pero sólo con una cuota de interés en ella.

Independientemente de su interés en la deuda, el codeudor solidario podrá estar llamado al pago de la totalidad de la misma o sólo de una parte de ella, dando lugar, según sea el caso, a la extinción total o parcial de la deuda; lo cual, a su vez, puede implicar el pago de una deuda ajena, cuando el codeudor solidario que pagó, lo hizo excediendo el límite de su interés en la misma.

Así las cosas, el pago realizado por el codeudor solidario da lugar a la extinción total o parcial de la deuda, dependiendo de si se pagó la totalidad o sólo una parte de la misma, lo cual elimina la facultad para el acreedor de cobrarles a los otros codeudores solidarios, respecto a la porción satisfecha de la deuda satisfecho el acreedor.

En virtud de lo anterior, el solvens tendría derecho a que los demás codeudores le rembolsasen aquello en que se han beneficiado con el pago, pero la Ley va más allá, consagrando a favor del codeudor solidario que paga, la subrogación en el crédito del acreedor con todos sus privilegios, accesorios, acciones, etc.

- **Subrogación a favor del codeudor solidario que paga**

La subrogación consiste en ocupar el lugar de alguien (personal) o de algo (real), de modo que el sujeto o el objeto nuevos hacen las veces de los precedentes sustituidos. En términos del artículo 1666 del Código Civil, “la subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero que le paga.” Es así como por disposición de la ley, cuando se efectúa el pago, no por el deudor sino por un tercero, la relación obligacional subsiste, saliendo de ella el acreedor en todo o en parte, según se haya satisfecho total o parcialmente, y entrando el tercero a ocupar la posición de aquél, sin que el deudor intervenga; de modo tal que, siendo el acreedor satisfecho, no por el deudor sino por un tercero, el tercero queda protegido con la titularidad de los derechos del acreedor que se extienden a todos los accesorios, quedando el nuevo acreedor en el mismo puesto del antiguo de acuerdo al artículo 1670 del Código Civil, pero sin agravar la condición del deudor.

El artículo 1668 del Código Civil, que consagra los casos en que hay lugar a la subrogación legal, establece en el numeral 3° la subrogación a favor del que paga una deuda a que se haya obligado solidaria o subsidiariamente.

De acuerdo con lo anterior, en el caso del codeudor solidario que paga, la obligación no se extingue con el pago, sino que subsiste total o parcialmente a cargo de los codeudores de aquel que pagó y que entra a sustituir al acreedor satisfecho, aunque dicha obligación deja de ser solidaria respecto de tales codeudores. Es decir, la subrogación a favor del codeudor solidario que paga, pone a éste en la posición del acreedor inicial, que ya salió del vínculo obligacional en virtud de ese pago, teniendo a su favor el crédito con todos sus accesorios y garantías, claro está, descontándose su cuota de interés en la deuda; de esta forma, los demás codeudores que se beneficiaron con el pago quedan obligados frente a aquél que pagó, pero sólo por su cuota de interés en la deuda, y no por la totalidad, pues la solidaridad no subsiste.

Sin perjuicio de lo anterior, puede ocurrir que la víctima (acreedor) celebre convenios de transacción con algunos de los corresponsables, caso en el cual se hace necesario clarificar en qué situación quedan las relaciones entre los corresponsables, y entre estos y el acreedor.

- **La renuncia a la solidaridad a favor de un codeudor solidario**

La renuncia a la solidaridad puede darse a favor de uno, varios o todos los codeudores. En este caso, no se renuncia a parte de la acreencia, sino a la facultad de exigir a uno o a varios de los corresponsables la totalidad de la deuda; es decir, el acreedor acepta dividir la deuda.

En todos los casos, la renuncia puede darse de forma expresa o tácita. Hay lugar a la renuncia tácita cuando el acreedor le exige a uno de los codeudores solidarios el pago de su parte o cuota de interés en la deuda, y lo expresa así en la demanda o en la carta de pago, sin reservarse el beneficio de la solidaridad o no hace una reserva general de sus derechos. También puede darse de forma tácita a favor de todos los codeudores cuando el acreedor instaura demandas separadas contra cada uno, cobrando a cada uno su cuota, sin reservarse sus derechos.

- **La condonación a favor de un codeudor solidario**

Claramente la condonación es un modo de extinguir las obligaciones, pues consiste en un convenio por el cual el acreedor renuncia a la deuda y la extingue.

Para el caso de los coobligados solidarios, el artículo 1575 del Código Civil establece que “Si el acreedor condona la deuda a cualquiera de los deudores solidarios, no podrá después ejercer la acción que se concede por el artículo

1561, sino con rebaja de la cuota que correspondía al primero en la deuda.”

En este caso entonces, se libera a un codeudor de todo o parte de su cuota en la deuda. La víctima conserva la solidaridad contra los otros, pero se deduce del monto total de la deuda la cuota que le correspondía al deudor beneficiario de la condonación.

De esta forma, a pesar de que el codeudor solidario se encuentra obligado al pago del 100% de la prestación debida, cuando el acreedor decide condonarle a éste su deuda, la norma citada interpreta que en ese caso sólo le condona su cuota en la deuda; de forma tal que podrá cobrarle a los demás codeudores solidarios la obligación teniendo en cuenta la rebaja de la cuota correspondiente al codeudor condonado.

Debe entenderse además, que la condonación implica también una renuncia a la solidaridad sólo a favor del codeudor condonado, pudiendo el acreedor reservarse la solidaridad frente a los demás coobligados, conservando la facultad de cobrarle todo el saldo de la deuda a uno de ellos.

3.2.2.3 Pago del codeudor subsidiario (fiador)

El fiador se obliga en forma subsidiaria, lo cual implica que la obligación es exigible frente a él, en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor principal. De esta forma, cuando el fiador paga, cumple una obligación ajena, frente a lo cual la ley lo protege consagrando en su favor la subrogación en los derechos y garantías del acreedor, que lo beneficia frente al deudor principal y frente a los otros fiadores de la misma obligación, hasta la concurrencia de lo que a estos les correspondería en la división. Lo anterior de conformidad con los artículos 1668 numeral 3, 2361 y 2403 del Código Civil.

3.2.2.4 Pago del codeudor de obligación indivisible

La obligación es indivisible cuando no puede ser cumplida por partes, bien sea en razón de su objeto, por disposición de la ley, convención o testamento. La divisibilidad o indivisibilidad de la obligación cobra importancia cuando existe pluralidad en los sujetos del vínculo obligacional, pues en este caso la deuda o el crédito no podrá dividirse entre los varios sujetos pasivos o activos, según sea el caso, sino que cada acreedor tiene derecho a exigir la totalidad del crédito (pluralidad de sujetos por activa) o cada deudor responde de la totalidad de la deuda (pluralidad de sujetos por pasiva).

A diferencia de los codeudores a los que se refieren los párrafos anteriores, frente al pago realizado por el codeudor de la obligación indivisible, la ley no consagra subrogación a su favor, sino que ofrece una solución diferente, pues sólo se le reconoce una acción de indemnización o saneamiento, de acuerdo con el artículo 1587 del Código Civil.

En consecuencia, la obligación pagada se extingue totalmente, generando a favor del codeudor que paga, un crédito distinto a cargo de los demás codeudores que se vieron beneficiados por dicho pago; crédito que, a diferencia de lo que ocurre con la subrogación, no cuenta con los privilegios, accesorios y garantías del vínculo extinguido.

3.2.2.5 Pago de otras personas con interés en la solución de la deuda

Sobre este tema cabe analizar también el caso del pago realizado por el **propietario de cosa hipotecada o pignorada**, en donde si bien él no es deudor o codeudor en la obligación garantizada, está directamente interesado en el pago de ésta, dado que si el deudor no cumple, el acreedor puede hacer efectivo el derecho real de garantía que existe sobre la cosa de su propiedad. Teniendo en cuenta lo anterior, éste propietario puede pagar la deuda caucionada para

liberarse de la acción real que sobre su bien podría ejercer el acreedor.

Respecto del **poseedor del bien hipotecado en garantía de obligación ajena**, el artículo 2353 del Código Civil consagra expresamente la subrogación en su favor. Diferente a la que ocurre cuando se trata del **dueño de cosa pignorada** en iguales condiciones, para quien no existe consagración legal en el mismo sentido y en virtud de ello, no puede entender que el pago realizado por dicho propietario, produzca subrogación a su favor, en los derechos del acreedor satisfecho, pues la subrogación es excepcional y solo opera en los casos expresamente contemplados por la ley.

Lo que tendrá el propietario de la cosa pignorada en garantía de deuda ajena, que paga esa obligación, es una acción de reembolso del valor de lo pagado, dado que su pago, beneficia al deudor liberado. De esta forma la relación obligacional preexistente se entiende extinguida y el pago del tercero, da lugar a una nueva obligación, que surge en su favor y a cargo del deudor original.

La diferencia radica entonces, en que mientras la subrogación supone que el solvens ocupe exactamente la misma posición que el acreedor original, por tanto, podrá reclamar el crédito en las mismas circunstancias y con los mismos derechos y garantías; en cambio, la reclamación por el solvens en los casos de acción de reembolso ha de limitarse al beneficio o enriquecimiento líquido que el pago haya supuesto para el deudor y que no ha de coincidir siempre y necesariamente con la actividad o desembolso hecho pro el solvens.

Por último, cabe mencionar el caso del **acreedor que paga a otro acreedor de mejor derecho, en razón de un privilegio o hipoteca** (Art. 1668, 1° del C. C.). En este caso, el acreedor es parte en el vínculo que lo une al deudor común, pero a su vez es un tercero respecto de las otras obligaciones a cargo de éste, teniendo interés en el pago de alguna de ellas porque ésta tiene un privilegio o garantía que

la ubica en un lugar preferencial respecto a su propio crédito.

En caso de que este acreedor de menor derecho pague la obligación de grado superior, se subroga en los derechos, acciones y privilegios que tuviera el acreedor original, de acuerdo con el artículo arriba mencionado.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta claro el fundamento de la autorización legal existente frente el pago que realizan las personas arriba mencionadas, diferentes al deudor principal, en tanto que dicho pago representa un beneficio para ellos, por ende se autoriza atendiendo a su conveniencia práctica. Sin embargo, la ley autoriza también a los terceros ajenos al vínculo obligacional, para realizar el pago de la deuda ajena, sin que se exija para ello, tener un interés jurídico que lo motive para hacerlo; pues, las obligaciones nacen para ser extinguidas, ese es su destino natural y es un contrasentido, que el acreedor se oponga a su propia satisfacción.

3.2.3.6 Pagos que realizan terceros

Como ya se dijo, toda persona está autorizada para pagar una obligación propia o ajena, sin que el acreedor pueda oponerse a ello, pues carecería de justificación que se negase a aceptar la satisfacción de su derecho, cualquiera que sea quien se la proporciona. Lo anterior, sin perjuicio de la excepción expresamente establecida por la ley, cuando la obligación del deudor es intuitu personae (Art. 1630 C.C), pues en este caso la satisfacción del acreedor sólo podrá darla el cumplimiento de la obligación por parte del originalmente obligado a ella, en tanto que el negocio jurídico fue celebrado en especial consideración de la persona con quien se obliga, quedando el cumplimiento circunscrito a la persona misma del deudor, como por ejemplo, cuando se contrata a un pintor para que pinte un cuadro, cuando el interés del acreedor en la obligación está precisamente en adquirir un cuadro de ese pintor contratado.

Sin embargo, no todos los pagos de terceros a favor de la víctima son el pago de la obligación del responsable. Hay terceros que no pagan la obligación del responsable, y sin embargo extinguen la acreencia de la víctima. Hay otros terceros que ni pagan la deuda del responsable, ni extinguen dicha acreencia; por lo cual se hace necesario distinguir por quién puede efectuarse el pago y qué efectos obligacionales tiene el mismo.

- **Terceros que pagan sin tener ninguna obligación de hacerlo**

Aunque no es lo más frecuente, puede ocurrir que un tercero que no esté obligado frente al acreedor, realice el pago de la prestación que aquel le debe. Dentro de este grupo cabe distinguir, por un lado, el tercero que con su pago busca extinguir el pago de la deuda ajena, y por otro, el tercero que busca hacer una mera liberalidad a favor del acreedor.

- **Tercero que busca extinguir la deuda del responsable (deudor)**

Para que se configure este supuesto, se requiere que el tercero pague con la intención de liberar al deudor frente al acreedor, y en consecuencia, si paga para liberar al responsable, se extingue la acreencia, por tanto la víctima no puede reclamar, pues se entiende que su crédito ya fue satisfecho.

Al respecto, cabe preguntarse entonces, qué consecuencias surgen para el tercero que paga y el deudor cuya obligación fue cumplida por aquél. La solución dependerá de si el pago se realizó con el consentimiento, sin el conocimiento o contra la voluntad del deudor, pues dependiendo de las circunstancias del pago, ese tercero podrá obtener la acreencia que tenía el acreedor original frente al deudor (subrogación), otras veces obtendrá un derecho propio (acción de reembolso), o incluso podrá no adquirir derecho alguno.

- **El pago con el consentimiento del deudor**

En este caso se genera un mandato entre el tercero que paga y el deudor original, incluso cuando media un mero conocimiento del deudor, pues este contrato no requiere la aceptación expresa del mandante, ya que, en virtud del artículo 2149 de Código Civil, puede perfeccionarse aún por aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra. De acuerdo con lo anterior y de conformidad con las normas que regulan el contrato de mandato, el pago que realiza el tercero extinguiría totalmente la obligación del deudor. Sin embargo por consagración expresa de ley (Art. 1668 numeral 5), cuando una persona paga una deuda ajena consintiendo expresa o tácitamente el deudor, surge en su favor la acción subrogatoria, en virtud de lo cual, la obligación no se extingue sino que el crédito se traspaşa al subrogado con todos sus accesorios, privilegio y garantías. En conclusión, frente a esta hipótesis el tercero que paga podrá elegir entre la acción de reembolso propia del mandato y la acción subrogatoria de que trata el artículo arriba mencionado.

- **El pago sin el conocimiento del deudor**

Este es el caso en el cual una persona gestiona los negocios de otra, sin mediar entre ellas un contrato de mandato, dado que el deudor original ni siquiera tiene conocimiento del pago que realiza aquel que es ajeno al vínculo obligacional, configurándose así una agencia oficiosa, este es el acto unipersonal y lícito del gestor que busca proteger al dueño del negocio de un detrimento en su patrimonio. Pues lo libera de una obligación que debía cumplir frente al acreedor, quien, a partir de pago que realiza el tercero quedara satisfecho.

Para este caso, la ley no consagra acción subrogatoria en favor del tercero que paga, sino que le reconoce una acción personal de reembolso (Art. 1631C.C). Sin

embargo, es posible que el acreedor ceda voluntariamente al tercero que pagó, la acción que tuviera contra el deudor, configurando así una subrogación de carácter convencional, a partir de lo cual, ya no se produciría la extinción de la obligación, sino que el crédito pasa al tercero con todos sus accesorios.

- **El pago contra la voluntad del deudor**

De acuerdo con el artículo 1632 del Código Civil “el que paga contra la voluntad del deudor, no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado, a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción”. Así pues, se extingue la acreencia de la víctima, pero el tercero no se subroga, ni tiene acción de ninguna clase contra el responsable.

A partir de esta disposición lo único que puede intentar el tercero que paga es que el deudor se allane voluntariamente a subrogar a aquél. Este supuesto da lugar nuevamente a la figura de la agencia oficiosa, pues, en el ordenamiento jurídico colombiano se admite ésta incluso cuando la gestión se realiza en contra de la voluntad del interesado.

Al respecto, el artículo 2309 del Código Civil, establece que “el que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado no tiene demanda contra él, sino en cuanto a esa gestión le hubiere sido efectivamente útil y existiere la utilidad al tiempo de la demanda, por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda que, sin ella, hubiere debido pagar el interesado. (...)”

Lo anterior contradice lo ya previsto en el artículo 1632 del Código Civil, pues mientras aquél niega totalmente cualquier acción que le permita al gestor del negocio ajeno recuperar lo pagado, el artículo 2309 C.C. consagra expresamente esa posibilidad cuando la gestión representa una utilidad para el deudor.

Sin embargo, aun a la luz del artículo 1632 C.C. se ha intentado facultar al tercero que paga para exigir al deudor el reembolso de su erogación, con base en una posible “actio in rem verso”, esta es, la acción cuya pretensión consiste en la reparación por un enriquecimiento injustificado, cuando el demandante, “a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos”²⁹.

De todos modos, debe tenerse en cuenta que la prohibición del enriquecimiento injusto, base de la mencionada acción, tiene como fundamento razones de equidad; no obstante, cuando el empobrecimiento obedece a la intensión de quien lo sufre, no se causa un desequilibrio injustificado, pues más bien se trata de un acto de disposición del titular del derecho; por lo cual, para el caso que se analiza, no se encuentra justificada la mencionada acción, pues ello equivaldría a “otorgarle al acto jurídico unilateral del agente oficioso un alcance que siempre se le ha negado: el de poder empeorar la situación de otro”³⁰.

Con el fin ilustrar dicho empeoramiento, el doctrinante Ospina Fernández, recurre a los siguientes ejemplos:

Si mi casa necesita reparaciones que yo no quiero hacer, porque tengo el propósito de demolerla y construir una nueva, o porque prefiero emplear mis disponibilidades económicas en otros menesteres o negocios que juzgo más urgentes o convenientes, es absurdo que se autorice a un tercero para hacer tales reparaciones contra mi voluntad, y lo es más todavía que, por añadidura, se me obligue a reembolsable a aquel sus gastos o expensas.

En el mismo orden de ideas, puede yo tener interés en no pagar una deuda, v. gr., porque mi acreedor no me ha cumplido el contrato y en el caso de que me la cobre, puedo proponerle la excepción del contrato no cumplido, o porque estoy esperando a que dicha deuda se compense con otra que aún no es

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de junio de 2002. Exp. 7360. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

³⁰ OSPINA FERNÁNDEZ, Op. cit. p. 324-325

exigible a cargo de mi acreedor, o porque sé que éste tolerará que yo le pague cuando quiera!.³¹

De acuerdo con lo anterior, si se parte de lo dispuesto en el artículo 1632 C.C., sólo existe la posibilidad de que se configure una subrogación voluntaria, esto es, como ya se dijo, el supuesto en el cual, por medio de un acuerdo de voluntades, el acreedor ceda sus derechos a favor del tercero que paga en contra de la voluntad del deudor.

- **Tercero que busca hacer una liberalidad a la víctima (acreedor)**

Esta clase de terceros se identifica por no tener obligación alguna con la víctima ni con el responsable, pese a lo cual, por mera liberalidad le hace un pago.

En este caso, el tercero no tiene la intención de extinguir la acreencia de la víctima y liberar al responsable frente a ella, pues más bien se trata de la intención que tiene el tercero de hacer una erogación en beneficio de la víctima independientemente de la acreencia que ésta pueda tener frente al responsable de su daño, tratándose así de una donación del tercero aquel la víctima recibe, conservando su acreencia contra el responsable.

De esta forma, la causa o finalidad con la cual el tercero realiza este pago, da lugar a que la víctima pueda acumularlo con la indemnización plena de perjuicios a cargo del responsable, no pudiendo el responsable aducir que ya hubo reparación (o que ya no hay daño), pues a pesar de que la víctima recibió un ingreso en su patrimonio que materialmente podría reemplazar el bien dañado por el tercero, jurídicamente, en virtud de la finalidad del pago del tercero, el daño causado por el responsable subsiste hasta tanto éste no indemnice plenamente a la víctima.

³¹ Ibid. p. 325

Lo anterior no obsta para que la víctima pueda transferirle al tercero la acción contra el responsable por medio de una subrogación convencional.

- **Tercero que paga su propia deuda a la víctima**

El daño que sufre la víctima, como consecuencia del hecho ilícito del responsable, da lugar al surgimiento de la obligación indemnizatoria, relación obligacional donde la víctima es el acreedor y el responsable será el deudor, siendo su objeto o prestación, la indemnización plena de los perjuicios ocasionados.

Puede ocurrir que paralelamente a la obligación que surge en virtud de la responsabilidad civil, el daño que sufre la víctima active otros mecanismos de reparación o compensación, derivados de la existencia de un contrato de seguro o la afiliación a la Seguridad Social.

En este caso, se trata de relaciones obligacionales independientes, con sujetos diferentes y nacidas de títulos jurídicos distintos. Pues por un lado está la obligación que surge cuando el comportamiento ilícito de una persona produce daño a otra, surgiendo para la primera, la obligación de indemnizar a la segunda; ya sea que se trate de personas sin un vínculo jurídico preexistente (Responsabilidad Civil Extracontractual), o que se trate del incumplimiento de una obligación surgida de un vínculo previo que los unía en calidad de acreedor y deudor (Responsabilidad Civil Contractual). Por otro lado se tratará, ya sea de la obligación que surge para la entidad de la Seguridad Social, una vez se materializa la contingencia cubierta por el sistema, que consiste en el otorgamiento de prestaciones tarifadas en la ley; o la obligación que surge para el asegurador de pagar una indemnización al beneficiario, en virtud de un contrato de seguro, cuando se configura el riesgo amparado.

En suma, jurídicamente la deuda de cada uno no tiene el mismo objeto, sino

objetos diferentes; y de esta forma cuando cada uno de estos sujetos paga, lo hace para extinguir su propia deuda y no la deuda del responsable, la cual seguirá siendo exigible independientemente del pago que efectuó el tercero.

Partiendo de lo anterior, resulta claro, que no sea aplicable la subrogación general que trae el Código Civil, pues ésta parte de la premisa de que el tercero que paga, lo hace con la intención de extinguir la deuda del verdadero responsable. Una vez extinguida la obligación del deudor frente al acreedor inicial, el tercero que paga se subroga en los derechos de dicho acreedor, pasando a ocupar su lugar en la relación obligacional que subsiste, y para la cual existe ahora un nuevo acreedor.

Cosa distinta es lo que sucede cuando quien paga lo hace para extinguir una obligación que tiene a su cargo, hipótesis en el cual el responsable del daño sigue estando obligado a pagar la indemnización de la víctima, pues aquel que inicialmente pagó, no ha pagado con la intención de extinguir la deuda indemnizatoria del responsable. Este es el caso del asegurador que paga una indemnización, o de la entidad de la Seguridad Social que paga las prestaciones a que tiene derecho un afiliado que haya sufrido la contingencia amparada por el sistema, y que ésta a su vez sea derivada del hecho ilícito de un tercero.

Queda claro entonces, que el tercero al que hace referencia el código civil, es aquel que paga la deuda de otro deudor, no la suya; se trata por tanto del pago de la obligación que con el acreedor tenía otra persona distinta de quien realmente hace el pago. Dado que cuando la entidad de la Seguridad Social paga, no busca extinguir la obligación de otro deudor; frente a este caso no se produce la figura del pago por un tercero, la cual constituye el punto de partida para dar aplicación a la subrogación del Código Civil, pues es la intención de pagar por otro deudor lo que da lugar a la subrogación derivada del pago por un tercero.

De esta forma, se concluye que la subrogación legal contemplada en la legislación

civil no es aplicable al pago que realiza un tercero para extinguir la obligación propia que tiene frente a la víctima. Para que el tercero adquiera, en virtud de su pago, la acreencia de la víctima contra el responsable, se requiere una norma legal especial de subrogación a su favor. En consecuencia, si para el caso de estos terceros no existe una norma de subrogación especial, significa que la víctima puede acumular ambos pagos.

Esta norma especial, existe sólo en algunos casos, así:

- **Subrogación especial a favor de la aseguradora**

Se encuentra consagrada en el artículo 1096 del Código de Comercio, en los siguientes términos: “El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada.”

Esta hipótesis de subrogación, a diferencia de las previstas en el Código Civil, no se fundamenta en el pago de una deuda ajena, sino que parte del hecho de que el asegurador, pagando la indemnización al asegurado, cumple la obligación del contrato de seguro, con lo cual puede, a su vez, compensar en cierta medida el daño sufrido por la víctima. Frente a esto, la ley, buscando impedir que se produzca un enriquecimiento de la víctima, consagra la subrogación especial a favor de la aseguradora, y de esta manera se produce una transferencia de la acreencia en virtud del pago, con lo cual la víctima ya no es acreedora de la indemnización debida por el responsable, sino que pasa a serlo el tercero que le pagó.

- **Subrogación especial a favor de la ARP**

Se encuentra consagrada en el artículo 12 del Decreto 1771 de 1994, según el cual:

La entidad administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes, contra el tercero responsable de la contingencia profesional, hasta por el monto calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad administradora, con sujeción en todo caso al límite de responsabilidad del tercero.

Lo dispuesto en el inciso anterior no excluye que la víctima, o sus causahabientes, instauren las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones asumidas por la entidad administradora de riesgos profesionales.

Partiendo de que el reconocimiento de las prestaciones a cargo de la A.R.P. depende del hecho objetivo de la ocurrencia del daño y del nexo de causalidad existente entre la labor desempeñada por el trabajador y la lesión por éste sufrida, dicho daño, relacionado causalmente con la ejecución del trabajo, puede a su vez ser consecuencia del hecho ilícito del civilmente responsable, frente a lo cual, al igual que en el caso anterior, la ley consagra la subrogación especial, con el fin de evitar un enriquecimiento de la víctima, pues si no se otorgara a la ARP ésta herramienta, que le permite pretender del responsable del hecho ilícito que da lugar al accidente de trabajo o enfermedad profesional, la víctima podría acumular la indemnización plena de perjuicios con las prestaciones a cargo de la ARP, violándose así el Principio de la Indemnización Plena del Daño.

En conclusión, si la víctima recibe el pago del tercero, ya no puede demandar al responsable, y viceversa, si recibe el pago del responsable ya no podrá demandar al tercero, pues si bien la víctima puede escoger a cuál de los dos demandar, demandando al uno no puede demandar al otro, pues la ley le ha impedido acumular ambos pagos.

- **Tercero que paga por estar obligado con el responsable**

Hay otros terceros, que en virtud de un contrato que habían celebrado con el responsable, contraen la obligación de indemnizar a la víctima. Este es el caso de los seguros de responsabilidad civil, en donde la aseguradora se obliga a extinguir la deuda indemnizatoria que surgiría en el evento en que el asegurado causara daño a otro.

Una vez el asegurado incurre en responsabilidad, y adquiere la calidad o estatus de “civilmente responsable” frente a otra persona ajena al contrato de seguro, que fue quien sufrió el daño derivado del hecho ilícito del asegurado (víctima), se entiende configurado el siniestro que da lugar a la obligación a cargo de la aseguradora, que consiste en extinguir la deuda indemnizatoria a cargo del responsable y a favor de la víctima.

De esta forma, se entiende que en principio la aseguradora paga su propia obligación, pero se trata de la obligación que tiene, no frente a la víctima, sino frente al responsable, y que consiste en extinguir la deuda a cargo de aquél, pagándole a la víctima de forma tal que ésta no pueda ir en contra del responsable, pues su daño ya fue indemnizado.

A pesar de lo claro que resulta el hecho de que la aseguradora se encuentra obligada frente al responsable en calidad de asegurado, con la Ley 45 de 1990 se otorga a la víctima la acción directa contra la aseguradora, dándole la calidad de beneficiario del contrato de seguro, entendiendo que “el seguro de responsabilidad, además de proteger al responsable, también “tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le

reconozcan al asegurado.” (...) ³²”.

De esta forma, a diferencia de lo que ocurría antes de la mencionada ley, cuando este seguro protegía exclusivamente al asegurado responsable, siendo éste el único acreedor de la prestación; hoy en día, a partir de la reforma, la aseguradora cumple su obligación una vez pague a la víctima, y no al responsable, la indemnización de perjuicios a que haya lugar, pues ahora la víctima es el acreedor ³³. Pero aún así, el asegurador le paga a la víctima para extinguir también la deuda del responsable, pues en ello consiste el objeto de su propia obligación, y con su pago, los perjuicios sufridos por la víctima quedan resarcidos.

3.3 SÍNTESIS

Finalmente, y a manera de conclusión de este capítulo, se extracta lo siguiente:

Normalmente el pago a la víctima lo efectúa el deudor (responsable) con el fin de extinguir la obligación a su cargo, aunque existen otras personas ajenas al vínculo obligacional inicial, que pueden llegar a este escenario por expresa autorización de la ley y de esta manera pagar la deuda a cargo del responsable. Sin embargo, no todos los pagos a favor de la víctima liberan al responsable de su obligación, lo cual es importante determinar, porque en el caso en el que el responsable no se libere y la víctima tenga derecho a recibir dineros tanto del tercero como de éste, se entraría a analizar la figura de la acumulación de indemnizaciones, lo cual fue el objeto del presente capítulo. Es por esto que fue necesario distinguir los distintos tipos de terceros que pueden llegar a esta relación inicialmente bipartita y efectuar el pago de la prestación en distintas calidades y con consecuencias diversas para la víctima y el responsable.

³² DÍAZ-GRANADOS, Op. cit. p. 318

³³ Ibid, p. 319

Con el fin de esclarecer en qué casos efectivamente se libera el responsable, vamos a retomar la clasificación de dichos terceros, así:

El primer grupo de terceros son los que pagan la deuda del responsable, como consecuencia de estar obligados directamente con él en virtud de un contrato. Cuando este tercero paga, el responsable se libera, se extingue su deuda y no hay lugar a la subrogación.

Otro grupo de terceros son aquellos que ni pagan la deuda del responsable, ni extinguen la acreencia de la víctima. Estos terceros son los que pagan sin tener ninguna obligación de hacerlo. Para saber cuándo se libera el responsable fue necesario distinguir si la liberalidad se hizo a favor de éste o de la víctima, a saber: Si el tercero busca beneficiar al responsable, lo libera del pago de su obligación, siempre y cuando al pagar, haya tenido la intención de extinguir la acreencia que el deudor tiene con la víctima, es decir, si paga la deuda del responsable y no la propia; de tal manera que el deudor ya no tendrá que pagarle a la víctima y ésta no podrá cobrarle.

Determinar si el tercero paga con o sin el consentimiento o incluso en contra de la voluntad del deudor, no tiene incidencia en la extinción de la acreencia de la víctima, es decir, si el responsable se libera o no. Su importancia cobra especial sentido al analizar la procedencia de la subrogación para cada supuesto, estudio que ya fue agotado anteriormente en este capítulo.

Si el tercero busca beneficiar a la víctima, no se libera el responsable de su obligación y por el contrario la víctima podrá acumular ambos pagos.

El último grupo está conformado por los terceros que al pagar, no pagan la deuda del responsable pero aun así extinguen la acreencia de la víctima, es decir, pagan su propia deuda que nace de un vínculo obligacional con la víctima, el cual

pretenden extinguir. En este caso el responsable no se libera de su obligación y la víctima conserva su acreencia. Por tratarse del pago de una deuda propia, no opera la subrogación del Código Civil y en consecuencia la víctima podrá acumular los pagos del tercero y el responsable.

Frente a esta situación, se argumenta que la víctima al recibir un doble pago se enriquece, ya que su daño está siendo indemnizado por encima del realmente causado. Este tema será tratado con mayor profundidad en el cuarto capítulo, cuando se analice frente a cada una de de las prestaciones que otorgan las entidades del Sistema General de La Seguridad Social (típico ejemplo de este grupo de terceros), si es posible acumular sus pagos con los del deudor responsable.

4. ANÁLISIS DE LA ACUMULACIÓN DE INDEMNIZACIONES

Como ya fue mencionado en la parte final del tercer capítulo, las entidades de del Sistema General de la Seguridad Social, corresponden al grupo de los terceros que pagan para extinguir una obligación propia, sin que su pago extinga la obligación a cargo del responsable, pues el tercero que inicialmente paga, no lo hace con la intención de liberar a aquél de la deuda indemnizatoria que tiene frente a la víctima, si no que lo hace con el fin de pagar la obligación legal que tiene a su cargo en virtud de la afiliación y cotización al sistema por parte de la víctima, su empleador, o ambos, según sea el caso.

En esta hipótesis, puede ocurrir entonces que, aún siendo claro que la entidad de la Seguridad Social paga para extinguir su propia deuda, ese pago puede, a su vez, compensar en cierta medida el daño sufrido por la víctima, caso en el cual, de no existir norma especial de subrogación a favor de ese tercero que paga, la víctima está facultada para acumular ambos pagos.

4.1 DAÑOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL QUE PUEDEN VERSE COMPENSADOS CON EL PAGO REALIZADO POR LAS ENTIDADES DE SEGURIDAD SOCIAL

Atendiendo a la clasificación de los daños aplicable en materia de Responsabilidad Civil, diferenciaremos las prestaciones que brindan las entidades del sistema de Seguridad Social, analizando, por un lado, las que pueden llegar a constituir la compensación del daño emergente, y por otro lado, las que compensan el lucro cesante.

4.1.1 Prestaciones que pueden dar lugar a la compensación del daño emergente

El Sistema General de Seguridad Social en Salud y en Riesgos Profesionales, reconoce a sus afiliados las prestaciones asistenciales que requieran, con ocasión de la ocurrencia de una de las contingencias cubiertas por el sistema, y que van desde el cuidado, procedimientos, ayudas diagnósticas, tratamiento, hospitalización, medicamentos, traslado cuando se amerite, hasta la rehabilitación.

Teniendo en cuenta lo anterior, en caso de que la contingencia que afecte la integridad física del afiliado, sea a su vez consecuencia del hecho ilícito de un tercero, el afiliado tendrá derecho a las prestaciones mencionadas, tendientes a la recuperación de su salud, pero a su vez, en principio, dado que la entidad de la Seguridad Social no extingue la deuda del responsable, este último deberá a la víctima la indemnización plena de perjuicios.

Es claro que la víctima, de no encontrarse afiliada a la Seguridad Social, tendrá derecho a que el responsable le indemnice todos los gastos médicos en que haya tenido que incurrir para lograr su recuperación, pues estos constituyen un daño emergente derivado del hecho ilícito.

Sin embargo, la solución no es tan clara cuando se trata de un afiliado al sistema, pues la EPS o la ARP, dependiendo de si la contingencia es de origen común o profesional, será la encargada de asumir esos gastos, y por lo tanto, esas erogaciones no llegan a constituir un daño para la víctima, pues su patrimonio no sufrió detrimento dado que los gastos fueron asumidos por un tercero, a saber, EPS o ARP.

Lo mismo ocurre con el auxilio funerario, prestación que reconocen los sistemas de Seguridad Social en Pensiones y Riesgos Profesionales, frente a lo cual cabe preguntarse si la misma puede acumularse con la indemnización a cargo del

responsable correspondiente al daño emergente, que consiste en los gastos que se causan como consecuencia del fallecimiento de la víctima directa.

De no existir norma de subrogación, es claro que la víctima queda facultada para acumular ambos pagos, sin embargo, resulta contrario a la lógica jurídica, concluir que la víctima pueda recibir del responsable la indemnización de los gastos tendientes a la recuperación de la salud, o los gastos funerarios, según sea el caso, sabiendo que en realidad esos gastos no se concretaron como un detrimento para su patrimonio, dado que fueron asumidos por la entidad de la Seguridad Social, por lo cual, nunca se configura un daño como tal por estos conceptos. No se trata de un daño emergente porque del patrimonio de la víctima no salieron dineros tendientes a cubrir los servicios médicos o gastos de entierro, lo que nos lleva a concluir que al no haber un daño, no hay Responsabilidad Civil, es decir, para este caso el afiliado recibe exclusivamente las prestaciones del Sistema.

Sin embargo, es precisamente en razón del hecho de recibir dos compensaciones diferentes por un mismo daño que se habla de acumulación de indemnizaciones, y si se dice que al no existir subrogación, la víctima puede acumular, se está aceptando que reciba un pago por concepto de indemnización por un daño que ya fue compensado, o que incluso nunca llegó a concretarse, pues esos gastos fueron cubiertos desde un principio por un tercero (entidad de la Seguridad Social correspondiente).

En este sentido, concluye el profesor TAMAYO al afirmar que “En consecuencia, por absurdo que parezca, la víctima que se ha beneficiado de dichos servicios, así sea mediante el régimen subsidiado, tendrá derecho a reclamarle al tercero responsable el valor de lo que hubiese costado esa asistencia clínica y médica que, de hecho, fue prestada por las instituciones de la Seguridad Social

4.1.2 Prestaciones que pueden dar lugar a la compensación del lucro cesante

La ocurrencia de los riesgos cubiertos por el sistema, puede dar lugar a la incapacidad temporal o permanente, la invalidez o la muerte del afiliado, lo cual a su vez puede implicar la imposibilidad para el mismo de causar ingresos mediante su fuerza de trabajo, pues ésta se ha visto mermada o anulada a raíz de la contingencia acaecida.

Para compensar ese detrimento patrimonial que sufre el afiliado en razón de que dejará de percibir los ingresos que recibiría si la contingencia no hubiera ocurrido, los diferentes subsistemas de la Seguridad Social contienen prestaciones tendientes a reparar ese daño, estas son: la incapacidad temporal que reconocen la EPS cuando es de origen común o la ARP cuando es de origen profesional, la indemnización por incapacidad permanente parcial que reconoce el Sistema General de Riesgos Profesionales, las pensiones de invalidez y muerte que reconocen las AFP o ARP según sea de origen común o profesional, y la pensión de vejez que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Todas estas prestaciones tienen como finalidad suplir en cierta medida ese ingreso que, dada la afectación del afiliado en su integridad física, no ingresará a su patrimonio, pues éste no podrá desempeñarse laboralmente, ya sea por un periodo de tiempo, caso en el cual tendrá derecho al pago de una incapacidad temporal, sea definitivamente, caso en el que eventualmente podrá acceder al pago de una pensión de invalidez, o sea que se cause su muerte, caso en el cual los beneficiarios definidos en la ley tendrán derecho al pago de una pensión de sobrevivientes.

Entonces, todas estas prestaciones compensan el lucro cesante sufrido por el afiliado o sus beneficiarios, pues suplen esa expectativa de ingreso frustrada por la contingencia, aunque no siempre la suplen en su totalidad sino en parte.

Al respecto, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que no todas estas prestaciones equivalen al 100% del salario que hubiese devengado el trabajador o el ingreso que hubiese recibido su beneficiario de no haberse materializado la lesión, enfermedad o muerte, pues las prestaciones de la Seguridad Social se encuentran tarifadas en la ley y algunas se corresponden con sólo una proporción de la totalidad del ingreso sobre el cual se cotiza. Es así como por ejemplo, mientras la incapacidad temporal en el Sistema de Riesgos Profesionales equivale al 100% del salario base de cotización, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la incapacidad temporal corresponde sólo a dos terceras partes del salario sobre el cual cotiza el afiliado.

Frente a estas prestaciones que sólo equivalen a una parte del daño realmente causado, debe entenderse que, en caso de existir la acción de subrogación a favor de la entidad que paga, que impide la acumulación de indemnizaciones a favor de la víctima, esta última podrá entonces ir contra el responsable para obtener el pago sólo de la parte que no fue asumida por la Seguridad Social, caso en el cual no hay lugar a una acumulación, pues por esa fracción de su daño, por estar excluida de la prestación social, no ha recibido compensación alguna. Por lo demás, si ya fue reconocido por la entidad de la Seguridad Social, no podrá pretender la víctima ser indemnizada por el responsable.

Hasta ahora nos hemos referido a la acumulación de las prestaciones a las que hay lugar en virtud de la afiliación al Sistema de Seguridad Social con la indemnización derivada de la Responsabilidad Civil. Pero el problema planteado en los párrafos anteriores, en los que hemos descrito la situación en la cual una prestación determinada puede llegar a compensar un daño que sería el fundamento de la Responsabilidad Civil, y que al encontrarse reparado no habría entonces lugar a su indemnización, puede presentarse también frente a varias prestaciones de la Seguridad Social.

Podría pensarse entonces, en el caso en el que un pensionado de invalidez, que recibe la pensión en razón de que ya no cuenta con las condiciones necesarias para trabajar por su propia subsistencia y la de las personas a su cargo, es incapacitado mientras está disfrutando de su pensión, caso en el cual, en principio, por tener la calidad de cotizante obligatorio al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tendría derecho a recibir de su EPS una incapacidad temporal. Sin embargo, como se ha dicho, esta prestación busca suplir el ingreso no devengado por el trabajador en razón de la lesión o enfermedad que lo aqueja, lo cual no ocurre en el caso del pensionado, pues a pesar de su incapacidad, seguirá recibiendo la pensión, no habiendo entonces una afectación en sus ingresos.

Frente al problema planteado, la Ley consagra su solución, al establecer en el artículo 28 del Decreto 806 de 1998 que los pensionados cotizantes y los miembros de su grupo familiar que no estén cotizando al sistema, recibirán únicamente la prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, excluyendo la posibilidad de que puedan recibir del Sistema prestaciones económicas.

Un problema similar podría presentarse en el caso en el que una persona que se encuentra disfrutando de licencia de maternidad o paternidad, sea incapacitada, entonces, habría lugar a preguntarse si la EPS a la cual se encuentre afiliada debe, además de pagarle la prestación fundada en la maternidad, aquella fundada en la incapacidad temporal.

A diferencia del caso anterior, para este no se cuenta con norma que excluya la posibilidad de que mientras se esté disfrutando de la licencia de maternidad o paternidad se pueda recibir una compensación por concepto de incapacidad temporal; por lo cual, configurándose en la misma persona y al mismo tiempo los requisitos que dan lugar a dos prestaciones económicas diferentes, debe entenderse entonces que ese afiliado puede recibir ambas, e incluso, si hay lugar

a la incapacidad temporal en consecuencia del hecho ilícito imputable a una persona determinada, habría lugar a que el afiliado acumulara también este tercer pago con el de las dos prestaciones de la seguridad social, como se verá más adelante.

Sin embargo, la respuesta no puede darse tan a la ligera, siendo necesario tener en cuenta la finalidad misma de las prestaciones mencionadas, a saber: las licencias de maternidad y paternidad buscan procurar, por un lado dar un tiempo de recuperación para la madre en el caso de la primera, y por otro, ambas buscan que no se afecte la sostenibilidad económica del núcleo familiar durante un tiempo determinado en el cual los padres deben hacerse cargo del recién nacido. Por su parte, con la incapacidad temporal se busca que la persona afectada en su salud pueda destinar un tiempo a su recuperación, mientras el sistema reemplaza los ingresos que por su enfermedad no podrá producir durante un tiempo determinado.

En conclusión, ambas prestaciones buscan reparar el lucro cesante derivado de la inactividad laboral del afiliado por un tiempo, justificada en el nacimiento de un hijo o en la afectación a la salud, según sea el caso. Por lo tanto, mientras el afiliado disfruta de la licencia de maternidad o paternidad, no puede aceptarse que al mismo tiempo reciba el pago de una incapacidad temporal, pues la afectación en los ingresos que esta prestación busca reparar, no se puede predicar en este caso, por lo cual debe concluirse entonces que ante la coexistencia entre la licencia de maternidad / paternidad y la incapacidad temporal, prevalece la primera, no habiendo lugar al pago de ambas prestaciones.

4.2 ACUMULACIÓN DE INDEMNIZACIONES

Tal y como nos hemos venido refiriendo, la acumulación de indemnizaciones, es el problema jurídico en el cual se presenta la posibilidad de acumular diferentes pagos o compensaciones por un mismo daño y de fuentes diversas, como lo es la indemnización plena del responsable del daño y la indemnización a forfait o predeterminada por las leyes laborales. Lo anterior, pone de presente la estrecha relación, que se presenta entre la Responsabilidad Civil y la Seguridad Social, toda vez, que una y otra pueden converger cuando un daño personal es causado a alguien, por un hecho de otro, y es susceptible de ser cubierto a la vez por ambas instituciones jurídicas.

A continuación examinaremos el desarrollo normativo de esta problemática, con el fin de desentrañar las herramientas jurídicas con las cuales contamos en nuestro ordenamiento, para hacer frente al fenómeno de la acumulación; dado que este tema no es para nada pacífico y crea un evidente problema de coordinación, toda vez que una persona (víctima) se puede terminar beneficiando a la vez de dos sistemas de derecho y si no es así, cómo impedir la acumulación de indemnizaciones y propugnar por mantener un equilibrio económico a la hora de reparar el daño de una víctima, sin que cualquiera de las partes involucradas se vea abocada a pagar dos veces por un mismo hecho o que incluso que el tercero (Entidad de la Seguridad Social) termine respondiendo por el dolo o la culpa grave del responsable (caso en el cual el responsable sea a su vez el empleador) y éste último se beneficie con un pago del tercero, que debería de estar a su cargo.

4.2.1 Desarrollo normativo de la acumulación de indemnizaciones en el ámbito de la Seguridad Social

Con la Ley 90 de 1946 “Por la cual se establece el Seguro Social Obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”, se crea el Seguro Social Obligatorio a favor de los trabajadores para aparar los riesgos de: enfermedades

no profesionales y maternidad, invalidez y vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y muerte. La misma Ley, le otorgó al Seguro Social la posibilidad de adquirir la titularidad de las acciones en responsabilidad contra el tercero causante de los daños sufridos por el trabajador o sus beneficiarios mediante la acción subrogatoria que consagró en el artículo 37 de la ley en mención, el cual dispone lo siguiente: “Cuando un asegurado o sus beneficiarios, además de las prestaciones que esta ley concede, tengan derecho a indemnizaciones derivadas de Responsabilidad Civil por el mismo siniestro, el Instituto se subrogará en los derechos de aquel o aquellos hasta por el monto de las prestaciones que esta ley otorga”.

Posteriormente, con el Decreto 3170 de 1963 que aprobó el acuerdo 155 de 1963, se reitera lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley 90 de 1946, pero se refiere únicamente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Entonces, a partir de su entrada en vigencia, existió en el ordenamiento jurídico colombiano una norma que otorgaba al ISS la posibilidad de demandar el pago de la indemnización a cargo del tercero culpable del riesgo producido, en los caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y para los demás eventos no profesionales continuaba siendo aplicable la disposición contenida en el artículo 37 de la Ley 90 de 1946.

El artículo 67 del Decreto 433 de 1971 “Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales” derogó expresamente el artículo 37 de la Ley 90 de 1946, sin consagrar ningún mecanismo que, ante la salida del ordenamiento jurídico de la acción subrogatoria consagrada en el artículo derogado, le permitiera al Seguro Social recuperar las prestaciones derivadas del actuar culposo de un tercero.

En este orden de ideas, ya derogada la norma que concedía la acción

subrogatoria al Instituto de Seguros Sociales ante la ocurrencia de cualquiera de las contingencias amparadas por el Seguro Social Obligatorio a favor de los trabajadores, que además de las prestaciones legales, diera lugar al derecho a favor del asegurado o sus beneficiarios para ejercer acciones derivadas de la Responsabilidad Civil por el mismo siniestro, sólo quedaba entonces la facultad otorgada al Instituto en el artículo 83 del Decreto 3170 para proceder a demandar el pago de la indemnización ordinaria de perjuicios a cargo del patrono o del tercero culpable, quedando a su favor hasta el monto calculado de las prestaciones a cargo del Seguro Social, sólo en los casos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Cabe entonces mencionar el tenor literal del artículo 83 del Decreto 3170 que es el siguiente:

“El otorgamiento de las prestaciones establecidas por el presente reglamento por parte del Instituto, exonera al patrono de toda otra indemnización según el Código Sustantivo de Trabajo, o según el derecho común por causa del mismo accidente o enfermedad profesional. Pero si el riesgo se hubiere producido por acto intencional o por negligencia o culpa del patrono o sus representantes, o de un tercero, y diere lugar a indemnización común, el Instituto procederá a demandar el pago de esa indemnización, la que quedará a su favor hasta el monto calculado de las prestaciones que el instituto acordare por el accidente o enfermedad, debiendo entregar a los beneficiarios el saldo si lo hubiere”.

Esta norma está claramente dirigida a evitar, por un lado, que el responsable del siniestro resulte favorecido por el hecho de que la víctima se encuentre amparada por el Seguro Social, lo cual ocurriría si se entendiera que no hay lugar a la indemnización a cargo del responsable, o que habiendo lugar a ella puede ser reducida hasta el monto reconocido por la Administradora de Riesgos Profesionales con fundamento en el principio según el cual no es jurídicamente

posible indemnizar dos veces un mismo daño; y por otro lado a evitar que los dineros que reciba el trabajador lesionado por concepto de resarcimiento no superen el valor real del perjuicio padecido, respetando así el principio indemnizatorio.

Posteriormente, en desarrollo del derecho a la Seguridad Social (art. 48 C.P.) se expidió, por el Congreso de la República, la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones”. En el Libro Tercero de esta Ley, el legislador consignó algunas disposiciones relacionadas con el Sistema General de Riesgos Profesionales, y en el artículo 139-11 de la misma, facultó al Presidente de la República, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la publicación de la Ley, para dictar las normas necesarias para organizar la administración de dicho sistema.

En ejercicio de esas facultades, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 1295 de 1994, Por el cual se determina la organización y administración del Sistema General de Riesgos Profesionales.

Posteriormente, el presidente de la república, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le otorga la Constitución en el numeral 11 del artículo 189, expidió el Decreto Reglamentario 1771 de 1994, mediante el cual reglamentó parcialmente el Decreto 1295 de 1994. En el artículo 12 de este Decreto consagró por primera vez en el ordenamiento jurídico colombiano la acción subrogatoria a favor de las Administradoras de Riesgos Profesionales, pues las consagraciones anteriores otorgaban dicha acción al ISS. El texto de la norma es el siguiente:

“ARTICULO 12. SUBROGACION. La entidad administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes, contra el tercero responsable de la contingencia profesional, hasta por el monte calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad administradora, con sujeción en todo

caso al límite de responsabilidad del tercero.

Lo dispuesto en el inciso anterior no excluye que la víctima, o sus causahabientes, instauren las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones asumidas por la entidad administradora de riesgos profesionales.”

Esta norma, que en estricto sentido establece a favor de las ARP la posibilidad de subrogación por la que se venía averiguando, ha sido objeto de críticas, principalmente en el sentido de que se entiende que el legislador, al omitir en las leyes mediante las cuales reguló el Sistema de Seguridad Social la acción de subrogación, facultó al trabajador que resultara lesionado en un evento profesional en el que hubiese mediado la culpa de un tercero, para acumular las prestaciones de la Seguridad Social con la indemnización ordinaria de perjuicios a que tuviera derecho. También se ha dicho que el único mecanismo que impediría a la víctima acumular la indemnización de perjuicios con las prestaciones obtenidas de la Seguridad Social sería la subrogación que una norma con fuerza de Ley otorgara a ésta para que sustituyera a la víctima y pudiera obtener del responsable el valor de las prestaciones pagadas.

En conclusión, bajo el régimen que introdujo la Ley 100 existe norma expresa que faculta a una de las entidades del sistema general de Seguridad Social, a saber las ARP, para subrogarse en los derechos de la víctima frente al tercero responsable y repetir contra éste el monto de las prestaciones asumidas por el Sistema de Riesgos Profesionales. Para los demás casos, es decir, para los sistemas de Salud y Pensiones, no hay norma subrogatoria, y por tanto se tiene que concluir que si hay pluralidad de causas, la víctima puede acumular los pagos.

Teniendo en cuenta lo anterior, analizaremos el tema de la acumulación de indemnizaciones en el ámbito de los riesgos profesionales.

4.2.2 Acumulación de Indemnizaciones en Riesgos Profesionales

4.2.2.1 Cuando el daño es imputable al patrono

Este es el supuesto en el cual, el empleador con culpa le ocasiona un daño a la víctima, y esta pretende reclamarle la indemnización plena, habiendo ya obtenido el pago correspondiente de la Seguridad Social. La idea entonces, es mirar las distintas normas en las cuales se consagrado la figura de la culpa patronal y posteriormente analizar los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, toda vez que las Altas Cortes no adoptado una única postura y ha variado en múltiples ocasiones su posición.

Ciertamente, lo que pretendemos es determinar si es posible o no que una vez se establezca una culpa patronal, el empleador pueda descontarse de la indemnización plena a la que hay lugar, en virtud, del artículo 216 del CST, el valor pagado a título de prestaciones por parte de la entidad a la cual se le trasladó el riesgo o del patrono, cuando éste no traslado el riesgo a ninguna entidad.

En este orden de ideas, una primera aproximación al tema está referida en el artículo 12 de la ley 6 de 1945, al establecer que estarían a cargo del patrono las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional, mientras se organizaba el Seguro Social Obligatorio, y que cuando se tratase de culpa probada del patrono del valor de la indemnización laboral se descontare del monto de la condena ordinaria de perjuicios. Posteriormente en año 95, y una vez creado el Instituto de Seguros Sociales con ley 90 de 1946, en artículo 193 del Código Sustantivo del Trabajo, se dejo a cargo del ISS la indemnización por accidente de trabajo y enfermedad profesional (ambas prestaciones patronales) dejando de estar éstas a cargo del patrono siempre y cuando éste trasladara el riesgo al instituto.

Adicionalmente, el artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, vuelve hacer referencia al tema, ratificando la posibilidad de descontar de la indemnización total y

ordinaria de perjuicios, el valor de las prestaciones pagadas en dinero a la que diere lugar de conformidad con las normas laborales, es decir, la indemnización predeterminada o a fortait.

Por otro lado el decreto 3170 de 1963 estableció que cuando el ISS paga las prestaciones a las que tiene derecho el trabajador por materializarse los riesgos que asume dicha entidad, el patrono se exonera de toda otra indemnización, ya sea de la contenida el Código Sustantivo de Trabajo o la de derecho común. Sin embargo, cuando el hecho ilícito se hubiere producido por acto o culpa intencional o negligencia del patrono o sus representantes, y esto diere lugar a la indemnización plena de perjuicios, el Instituto puede ir contra el patrono para reclamar dicha indemnización, y dejar para sí lo que le corresponde y el saldo, si lo hubiere, se lo deberá entregar a los beneficiarios; no obstante, la víctima también puede reclamar directamente del responsable la indemnización total y ordinaria de perjuicios y descontarse el monto que ya le pagó el ISS.

Ahora bien, para reforzar este análisis en materia de culpa patronal, a continuación haremos un breve recorrido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

- **Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral**

Antes de la creación del Sistema General de Seguros Sociales, como ya se había dicho, el decreto 3170 de 1963 permitió al ISS repetir contra el empleador responsable del hecho ilícito, por el monto de la erogación hecha por el Instituto.

Sin embargo, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 9 de agosto de 1979, al interpretar el contenido del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo y del artículo 38 del Acuerdo 155 de 1993, aprobado por el Decreto 3170 de 1963, estableció que cuando el hecho ilícito acaeciera por culpa del empleador no había

lugar a descontar de la indemnización plena de perjuicios, lo recibido por la entidad aseguradora del riesgo profesional, porque el empleador no puede lucrarse con unos dineros que le correspondería al Instituto de Seguros Sociales.

Posteriormente en sentencia del 10 de marzo de 1993, la Corte retoma nuevamente la idea de descontar las prestaciones pagadas por el empleador o por el ISS, incluso en los casos en los que el hecho ilícito haya sido como consecuencia de la culpa del patrono, esto con la finalidad de que la víctima no reciba un valor superior al que le corresponde por la reparación de su daño y en consecuencia se enriqueciera.

No obstante, en sentencia del 12 de noviembre 1993, radicado 5868 y con el propósito de unificar la jurisprudencia, la Corte distinguió los casos en los cuales hay lugar al descuento por parte del empleador. Así: (I) Cuando haya culpa del patrono, se puede descontar, siempre y cuando el empleador ya había pagado lo indemnización plena antes de ser declarado culpable (Hay descuento y no hay acumulación), (II) Cuando las prestaciones las había pagado el ISS, el instituto podría recuperar lo pagado cobrándole al empleador (No hay descuento y hay acumulación), (III) Cuando la víctima demanda al empleador habiendo ya recibido el pago por parte del ISS. Ésta deberá descontarse el monto ya pagado por el ISS (No hay acumulación y no hay descuento a favor del empleador).

La razón por la cual se consagró esta distinción, es que la entidad de la Seguridad Social no asegura los daños por dolo o culpa del patrono, y adicionalmente, porque el empleador no se puede lucrar del daño ajeno que causó.

En este sentido se ha mantenido la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, entendiendo que no hay lugar a que empleador descunte de la indemnización de perjuicios a su cargo, en virtud del artículo 216 CST, el valor de las prestaciones pagadas por la ARP. Así se ha ratificado en sentencias

posteriores, verbigracia, sentencia del 25 de julio de 2002, radicado 18520 y sentencia del 2 de octubre de 2007, radicado 29644. Así:

Entiende la Corporación que cuando la disposición en cita (artículo 216 CST) autoriza al patrono a descontar del monto de la indemnización “el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo”, se refiere única y exclusivamente a las sumas que él haya pagado con anterioridad al trabajador con ocasión del accidente, pero no las prestaciones que haya reconocido el Instituto de Seguros Sociales por ese motivo, el cual no tiene por qué asumir el riesgo del daño que al trabajador le sobrevenga por causa de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional en cuya causación exista culpa suficientemente comprobada del patrono³⁴.

Con el panorama presentado, sería posible afirmar, frente a las ARP, que al empleador no le es dable descontarse, en los eventos de culpa patronal, los pagos efectuados por la entidad de Seguridad Social; en consecuencia, objeto de otro trabajo sería establecer la viabilidad de la acumulación de indemnizaciones, que pareciera ser lo más acertado, o la posibilidad de subrogación de la ARP, a pesar de la ausencia de norma expresa que le otorgue tal facultad.

Sin embargo, podría pensarse, como algunos lo han planteado, que es posible aplicar a favor de la ARP el Decreto 3170 de 1963, que aprobó el Acuerdo 155 de 1963, donde se establece la subrogación para accidentes de trabajo y enfermedad profesional a favor del ISS y en contra de los terceros y el empleador en virtud de cuya culpa o negligencia el trabajador sufrió el daño.

³⁴ Sentencia del 25 de julio de 2002, radicado 18520

- **Consejo de Estado**

Respecto a si es posible que el empleador descuente del pago de la indemnización plena de perjuicios y en consecuencia la víctima no pueda acumular ambas indemnizaciones, el Consejo de Estado se ha pronunciado en diversas formas así: En sentencia del 13 de diciembre de 1983, la Corte consideró que en aras de evitar el enriquecimiento sin causa de la víctima; de la indemnización plena a cargo del responsable, se debía descontar la suma correspondiente al pago de las prestaciones sociales que hubieran sido pagadas a la víctima. En igual sentido se pronuncio la misma corporación en sentencia del 27 de marzo de 1990.

Sin embargo, a partir de 1995³⁵, la Corte cambio su línea jurisprudencial y al igual que en varias sentencias de 1997³⁶, la Corte abogó por la idea de que la víctima si podía acumular las diferentes indemnizaciones, y no abría lugar a descuento alguno, toda vez que las prestaciones sociales y la indemnización plena de la Responsabilidad Civil, tiene fuentes diversas. La primera se deriva de una relación jurídica laboral, mientras que la segunda, se fundamenta en el daño sufrido por la víctima y tiene un carácter netamente indemnizatorio, a diferencia de la primera. Sin embargo a finales del mismo año, en sentencia del 6 de noviembre³⁷, frente al caso concreto de la incapacidad laboral temporal, la Corte dijo que no era posible que la víctima recibiera la indemnización de la Responsabilidad Civil, si ya había recibido el pago de la prestación social correspondiente. Para este caso concreto concluyó que no hay acumulación.

Por último, en la sentencia del 3 de octubre de 2002, con ponencia del magistrado Ricardo Hoyos Duque, la Corte para determinar si hay lugar o no a la acumulación,

³⁵ Consejo de Estado S- 247 del 7 de febrero de 1995.

³⁶ Consejo de Estado exp. 11866 del 10 de abril de 1997, exp. 9997 (24 de abril de 1997) y exp. 10182 (4 de julio de 1997).

³⁷ Consejo de Estado exp. 11049

analizó la naturaleza jurídica de los Riesgos Profesionales, y concluyó que como el Sistema de Riesgos Profesionales se estructura a partir de la existencia de un riesgo creado por el empleador, al éste trasladar los riesgos a la ARP, la entidad adquiere la obligación de pagar la indemnización a la que haya lugar, una vez se materialice la contingencia asegurada.

Como fue el empleador quien le trasladó el riesgo y por ser él quien paga el 100% del aporte, en el evento en que el empleador es a su vez el responsable de hecho ilícito, puede descontarse de la indemnización plena, lo pagado por la ARP, es decir, “en el evento en el que exista culpa suficientemente comprobada del patrono constituyen un pago parcial de la indemnización plena a cargo de éste, independientemente de que le asista o no el derecho de subrogación frente al patrono, cosa que por lo demás no resultaría lógica, en tanto el asegurador se estaría volviendo contra el asegurado en un seguro de Responsabilidad Civil”³⁸. En consecuencia como el empleador puede descontarse, no hay lugar a la acumulación.

4.2.2.2 Responsable ajeno al vínculo laboral en Riesgos Profesionales

Como bien se ha dicho, el sistema de riesgos profesionales se estructura a partir de la existencia de un riesgo creado por el empleador. La ley, con el propósito de proteger a los trabajadores de los daños que sufran como consecuencia de la relación laboral, impone al empleador la obligación de transferir ese riesgo a las Administradoras de Riesgos Profesionales, entidades especializadas en la garantía de la protección de los trabajadores frente a las contingencias que puedan darse como consecuencia o con ocasión de la ejecución del contrato de trabajo.

De acuerdo a lo anterior, en los casos en que por causa o con ocasión del trabajo, el trabajador sufra una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la

³⁸ Sentencia del Consejo de Estado del 3 de octubre de 2002. Exp. 14207

muerte, dicho trabajador, o en caso de muerte sus causahabientes, tienen derecho al reconocimiento de prestaciones asistenciales y económicas, de acuerdo al daño, a cargo de la Administradora de Riesgos profesionales a la cual se encuentre afiliado.

De esta forma, corresponde a la A.R.P. asumir las prestaciones establecidas en la ley, a las cuales tiene derecho el trabajador que sufra un accidente de trabajo o enfermedad profesional. Se trata de una responsabilidad objetiva que en principio se encuentra en cabeza del empleador, trasladada a la A.R.P. mediante la afiliación, y en virtud de ese carácter objetivo basta con establecer que se ha producido el daño y buscar el vínculo de causalidad entre el hecho del trabajo y ese daño, elementos suficientes para que el trabajador se haga acreedor de dichas prestaciones, siempre y cuando el empleador haya cumplido sus obligaciones frente a la A.R.P. , y sin que sea necesario entrar a analizar su culpa.

Por lo anterior, aún si el daño se materializa como consecuencia de la fuerza mayor, del hecho de un tercero, o incluso por el hecho de la víctima; ante la ocurrencia del accidente de trabajo o la enfermedad profesional del que resulte afectado un afiliado al Sistema de Riesgos Profesionales, la A.R.P. deberá reconocer las prestaciones asistenciales y económicas a que tenga derecho, las cuales estarán a cargo del empleador cuando éste no haya cumplido su obligación de trasladar ese riesgo a una entidad especializada en su administración, es decir, cuando no haya afiliado a sus trabajadores a una A.R.P.

Ante la posibilidad de que el accidente de trabajo o la enfermedad profesional que da lugar al reconocimiento de prestaciones por parte de la A.R.P., puede ocurrir como consecuencia del hecho ilícito de una persona ajena a la relación laboral, surge la pregunta de si el perjudicado tiene derecho a acumular las prestaciones que recibe de la A.R.P., que en cierta forma buscan reparar materialmente el daño sufrido por el trabajador, con la indemnización ordinaria de perjuicios a cargo del civilmente responsable.

Frente a la situación ilustrada, consideramos que la solución más acertada es la consagración legal de una acción de subrogación a favor de la A.R.P. que pagó, pues de no existir dicha acción, la acumulación no tendría reproche, ya que el verdadero enriquecimiento injusto se materializaría si no existiendo dicha acción, la A.R.P. dejara de cumplir con las prestaciones que la Ley le impone reconocer ante la ocurrencia de accidente de trabajo o enfermedad profesional, o si el civilmente responsable quedara impune.

Entonces, en pro del equilibrio económico de las relaciones obligacionales que se presentan en esta situación, y de la sostenibilidad financiera del Sistema de la Seguridad Social, concretamente el de Riesgos Profesionales, pasaremos a indagar por la existencia en el ordenamiento jurídico colombiano de una norma que faculte a estas entidades para subrogarse en los derechos del afiliado frente al responsable del hecho ilícito.

- **Consagración normativa de la subrogación a favor de la A.R.P.**

Como ya se ha dicho, la acción por la que se indaga se encuentra expresamente consagrada en el artículo 12 del Decreto Reglamentario 1771 de 1994, el cual fue expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria que la Constitución otorga al ejecutivo en el numeral 11 del artículo 189. Se trata de lo que la Corte ha llamado deslegalización, “entendida como posibilidad del legislador (ordinario o extraordinario) de remitir al reglamento la normación de un determinado asunto que no aparece regulado de manera sustancial en el texto legal.”³⁹

La constitucionalidad de este decreto reglamentario que consagra la subrogación a favor de la ARP, ha sido discutida por violar la reserva de ley que opera como límite de

³⁹ Sentencia C - 1262 de 2005

la potestad reglamentaria del presidente, y que “se refiere a la exigencia, dentro del ordenamiento jurídico, que ciertas materias se regulen necesariamente mediante normas con fuerza de ley. Dicho de otra manera, los asuntos reservados a las normas legislativas, no pueden ser regulados mediante decretos reglamentarios ni resoluciones.”⁴⁰

Dado que la subrogación es una figura excepcional, a la que hay lugar por ministerio de la ley o por acuerdo entre las partes, debe entenderse entonces que bajo el nuevo régimen de Seguridad Social introducido por la Ley 100 de 1993, el legislador, al omitir la consagración de dicha acción en las normas con fuerza de ley mediante las cuales reguló el Sistema General de Seguridad Social, facultó al afiliado que tuviera derecho a las prestaciones del sistema en razón de un daño derivado del hecho ilícito del civilmente responsable, para acumular las prestaciones de la Seguridad Social con la indemnización ordinaria de perjuicios a que tuviera derecho.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 3 del octubre de 2002, al afirmar que “el único mecanismo que impediría a la víctima acumular la indemnización de perjuicios con las prestaciones obtenidas de la Seguridad Social sería la subrogación que la Ley – no un decreto reglamentario ni un acuerdo expedido por la junta directiva de una entidad pública de la Seguridad Social, como ha sucedido hasta ahora – otorgara a ésta para que sustituyera a la víctima y pudiera obtener del responsable el reembolso de lo pagado”⁴¹

En igual sentido se ha pronunciado el profesor TAMAYO al referir lo siguiente:

En nuestro concepto, la validez de la disposición citada es dudosa, pues las normas superiores que pretende desarrollar nada dicen respecto de la

⁴⁰ Ibid..

⁴¹ Consejo de Estado Sección Tercera Radicación 19001-23-31-000-1995-3007-01 (14207) de 2002

subrogación, y no es lógico que un decreto reglamentario de rango inferior modifique o extinga derechos y obligaciones establecidos expresa o tácitamente por la ley que se reglamenta. Si la Ley 100 y el Decreto 1295, que tiene fuerza de ley, no establecen la subrogación a favor de las entidades de la Seguridad Social, en el fondo están concediendo al afiliado o a sus beneficiarios el derecho de acumular las dos prestaciones. Y ese derecho no puede ser cercenado por un decreto reglamentario de rango inferior.⁴²

Lo cierto es que, independientemente de la discusión en torno a su inconstitucionalidad, el artículo 12 de Decreto 1771 de 1994 se encuentra vigente, no ha sido derogado, suspendido, ni anulado, luego goza de la presunción de legalidad que reclama la plenitud de sus efectos⁴³.

Sin embargo, siendo conscientes de la discusión que se presenta al respecto, consideramos de gran utilidad proponer las siguientes vías a partir de las cuales puede fundamentarse la subrogación de la A.R.P. contra el responsable del hecho ilícito que causa una afectación al afiliado, dando lugar al pago de las prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales.

- **Aplicación de la Subrogación propia del contrato de seguro en virtud de constitución de las A.R.P. como Aseguradoras de Vida y el carácter indemnizatorio de las prestaciones**

En el Sistema General de Riesgos Profesionales introducido por la Ley 100 de 1993, el aseguramiento de los riesgos profesionales en Colombia, a cargo de las A.R.P. privadas, fue concebido bajo el esquema de los seguros de vida como un ramo especial, cuya explotación se concede a las Compañías de Seguros de Vida.

⁴² TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo II. 2ª edición. Bogotá: Legis Editores S.A., 2007. p. 656

⁴³ Así lo reconoce la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 octubre de 1998 M.P. José Fernando Ramírez Exp. 4866, al afirma que: “actualmente rige el decreto 1771 del 3 de agosto de 1994, que expresamente consagra en el artículo 12 la susodicha subrogación que no aparecía prevista con claridad en el decreto 3170 de 1964(...)”.

Entonces, teniendo en cuenta que, por un lado, el cubrimiento de los riesgos profesionales por parte de la A.R.P. se corresponde con un seguro de personas patrimonial, y por otro, prestaciones que reconoce el sistema de riesgos profesionales son amparos de carácter indemnizatorio, en tanto que con ellas se busca resarcir a la víctima de un evento profesional, debe concluirse que a las entidades en mención le son aplicables las normas generales de los seguros, entre ellas, las que consagran a favor del asegurador la subrogación en los derechos del asegurado contra la persona responsable del siniestro.

La subrogación en materia de seguros está concebida en principio sólo para el caso de los seguros de daños, y se encuentra consagrada en el artículo 1096 del Código de Comercio que establece lo siguiente:

El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado.

Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada.

Por su parte, el artículo 1139 del Código de Comercio prohíbe expresamente la aplicación de la subrogación en los seguros de personas, pues estos no tienen carácter indemnizatorio, y por tanto se permite que la víctima acumule ambos pagos.

Termina siendo entonces el artículo 1140 del Código de Comercio el que daría lugar a la subrogación de la ARP, al consagrar que “Los amparos de gastos que tengan un carácter de daño patrimonial, como gastos médicos, clínicos, quirúrgicos o farmacéuticos tendrán carácter indemnizatorio y se regularán por las normas del Capítulo II cuando éstas no contraríen su naturaleza”

Entonces, por esta vía, podría fundamentarse la subrogación de la ARP frente al civilmente responsable, por el valor de las prestaciones que haya reconocido y pagado a favor del afiliado – víctima, en tanto que éstas resarcen el daño patrimonial sufrido, sea a título de daño emergente o de lucro cesante, y por ende, tienen carácter indemnizatorio.

- **Aplicación de la Subrogación propia del contrato de seguro a partir de la consagración del Seguro por Riesgos Profesionales**

El artículo 219 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra en su artículo 219 la existencia del Seguro por Riesgos Profesionales, estableciendo que “El empleador puede asegurar, íntegramente a su cargo, en una compañía de seguros, los riesgos por accidentes de trabajo y enfermedad profesional de sus trabajadores; pero en todo caso, el empleador es quien debe al trabajador o a sus beneficiarios las prestaciones que en este Capítulo se establecen.”

En virtud de la norma en mención, puede entenderse entonces que el Sistema de Riesgos Profesionales se corresponde con el mencionado Seguro de Riesgos Profesionales, en donde el empleador asegura íntegramente a su cargo, en una Compañía de Seguros de Vida que será la ARP los riesgos por accidente de trabajo y enfermedad profesional de sus trabajadores.

De esta forma, se harían aplicables al Sistema de Riesgos Profesionales las normas propias del contrato de seguro, y en este sentido, a partir de los ya referidos artículos 1096 y 1140 del Código de Comercio, la ARP podría subrogarse contra el responsable del daño.

- **El pago de la deuda ajena como fundamento de la acción personal de reembolso a favor de la ARP**

Ahora, suponiendo que el artículo 12 del Decreto 1771 de 1994 no sea constitucional, y a pesar que de acuerdo a la clasificación del Tercer Capítulo de este trabajo, las entidades de la Seguridad Social, entre ellas las ARP, corresponden a los terceros que pagan para extinguir su propia deuda frente a la víctima, consideramos que es jurídicamente posible fundamentar la subrogación de la ARP en virtud de la subrogación que traen las normas civiles a favor de quien paga una obligación ajena, lo anterior sobre la base de los siguientes argumentos:

A diferencia de lo que ocurre en el caso de las EPS y AFP, las ARP asumen un riesgo específico, éste es el del trabajo. Se trata de un riesgo creado por el empleador y que por mandato legal debe ser trasladado a la ARP como entidad especializada en la prevención, cubrimiento y atención de los riesgos derivados del trabajo. A diferencia de las entidades del sistema de riesgos profesionales, en el caso de las EPS y AFP, se trata de un riesgo general, que asume la Seguridad Social como medida paternalista de protección de los ciudadanos, y que por tanto, no se trata de un riesgo creado en un ámbito específico, sino que cubre los riesgos a los que se encuentran expuestas las personas por el mero hecho de vivir, independientemente de la causa que dé lugar a la contingencia.

Entonces, para el caso de las ARP, por tratarse de un ámbito específico de protección, a diferencia de las demás entidades de la Seguridad Social, tienen a su cargo no sólo administrar la afiliación y recaudo de las cotizaciones y garantizar las prestaciones establecidas en la ley, sino también la obligación de realizar actividades de prevención, asesoría y evaluación de riesgos profesionales.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que el riesgo que cubre la ARP se encuentra delimitado o circunscrito al ámbito de los riesgos creados por el empleador, y es en virtud de ello que el empleador asume el 100% de la cotización; por lo cual, cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional

son causados por una persona ajena al vínculo laboral, si bien es cierto que el trabajador afectado tendrá derecho a que la ARP le reconozca las prestaciones asistenciales y económicas que requiera, es también cierto que con su pago, la ARP está saldando además de su obligación, la obligación del civilmente responsable, la cual no puede ubicarse dentro del ámbito de protección de la entidad de la Seguridad Social mencionada, pues no se trata de un riesgo que devenga causalmente del empleador.

De acuerdo a lo anterior, puede decirse entonces que el pago que en ese caso realiza la ARP es mixto, pues por un lado extingue su propia deuda derivada de la afiliación y cotización realizada por el empleador, y por otro, extingue en todo o en parte la deuda indemnizatoria del civilmente responsable, pues puede llegar a reparar el daño emergente y lucro cesante que de no existir la afiliación, este último tendría que indemnizar a la víctima.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este evento la ARP podría constituirse como un tercero que paga una deuda ajena sin el conocimiento del deudor, pues independientemente del consentimiento de éste, la ARP pagará a la víctima las prestaciones a las que haya lugar; y en consecuencia, la ARP tendrá entonces contra el responsable del hecho dañino, una acción personal de reembolso, de acuerdo con el artículo 1631 del Código Civil.

5. CONCLUSIONES

- La Responsabilidad Civil y la Seguridad Social son figuras jurídicas que pueden llegar a coexistir en el escenario de la reparación de un daño, cuando la contingencia protegida ocurre como consecuencia del hecho ilícito de un tercero.
- Para el caso en que concurren la indemnización a cargo del responsable con mecanismos de reparación provenientes de la Seguridad Social, puede decirse que para cada uno de estos pagos existe un justo título, que legitima a la víctima para pretender el pago de uno y otro; y por tanto, a no ser de que exista una Ley que consagre la subrogación a favor de la entidad de la Seguridad Social, debe entenderse que el afiliado – víctima puede acumular ambos pagos.
- Las entidades de la Seguridad Social corresponden al grupo de terceros que pagan a la víctima porque tienen una deuda propia frente a ella, por lo tanto, en principio no puede entenderse que paguen la deuda indemnizatoria a cargo del responsable y que por ende no pueden subrogarse en virtud de las normas civiles que otorgan la subrogación a favor de quien paga una deuda ajena.
- Para descartar la posibilidad de que el afiliado – víctima acumule ambos pagos, es necesario que exista a favor de las entidades de la Seguridad Social la consagración expresa de la subrogación.
- No existe en el ordenamiento jurídico norma expresa que faculte a las E.P.S. y A.F.P. subrogarse contra el responsable.
- El Decreto 1771 de 1994 consagra la subrogación a favor de la A.R.P., pero su constitucionalidad es discutida, pues se trata de un decreto que reglamenta la Ley 100 de 1993 y el Decreto-Ley 1295 de 1994, normas con fuerza de Ley que no concedieron dicha acción.

- Aún si, se entiende que el Decreto 1771 de 1994 es inconstitucional, la A.R.P. podría subrogarse en virtud de la subrogación que consagra el Código de Comercio a favor del asegurador que paga una indemnización causada por el hecho dañino de un tercero, pues a partir de la estructura del Sistema de Riesgos Profesionales, puede entenderse que se trata de un sistema especial de aseguramiento, al que le son aplicables las normas propias del contrato de seguro.
- No obstante, también se entiende que el pago que realiza la ARP tiene una naturaleza mixta porque se constituye en pago de deuda ajena o propia dependiendo de la situación fáctica. La ARP paga su propia deuda cuando paga de conformidad con los riesgos que le trasladó el empleador, pero si paga por riesgos que están fuera de la órbita de los que le fueron trasladados, es decir, la obligación que le corresponde al responsable por el daño que le es imputable, su pago constituye un pago de obligación ajena y en consecuencia la ley consagra en su favor la acción personal de reembolso de conformidad con el art. 1631 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTIZABAL BOTERO, Camilo y MORA CUARTAS, Maribel. Responsabilidad por Riesgo Laboral. Medellín: P.V.P. Trabajo de grado Derecho. Medellín: Universidad Eafit. 2005.
- BARRERA TAPIAS, Carlos Darío y SANTOS BALLESTEROS, Jorge. El daño injustificado. 2ª edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias jurídicas. 2003.
- Cartilla de Seguridad Social y Pensión. Legis Editores S.A. 13ª edición. 2006
- Código Civil Colombiano - Grupo Editorial LEYER
- Código de Comercio Colombiano - Grupo Editorial LEYER
- Código Laboral Colombiano - Grupo Editorial LEYER
- Colegio de Abogados del Trabajo: Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Legis S.A., 1998
- DÍAZ-GRANADOS, Juan Manuel. El Seguro de Responsabilidad. 1ª Edición. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario. 2006.
- FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS (FASECOLDA). 10 años de Seguridad Social en Colombia. Departamento de Publicaciones Fasecolda. 2003.
- HENAO, Juan Carlos. El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés. 1ª Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1998
- Manual Práctico del Sistema General de Pensiones Colombiano. Sociedad Administradora de Fondos y Cesantías Protección S.A. 2007
- OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. 7ª edición. Bogotá: Editorial Temis. 2001.

- SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Tomo II. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Jurídicas. 2005.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomo 1. Bogotá: Editorial Temis S.A. 1999.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil. Tomos I y II. 2ª edición. Bogotá: Legis Editores S.A. 2007.

Decretos, leyes y sentencias

- Concepto 354179 de 2008 del Ministerio de la Protección Social
- Consejo de Estado exp. 10182. Sentencia del 4 de julio de 1997.
- Consejo de Estado exp. 11866. Sentencia del 10 de abril de 1997
- Consejo de Estado exp. 9997. Sentencia del 24 de abril de 1997
- Consejo de Estado exp.14207 de 2002
- Consejo de Estado. Sentencia S- 247 del 7 de febrero de 1995
- Consejo de Estado. Sentencia del 3 de octubre de 2002. Exp. 14207
- Corte Constitucional. Sentencia C 1262 de 2005.
- Corte Constitucional. Sentencia C 1002 de 2004
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de junio de 2002. Exp. 7360. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno .
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 octubre de 1998 M.P. José Fernando Ramírez Exp. 4866
- Decreto 1295 de 1994
- Decreto 1771 del 3 de agosto de 1994
- Decreto 806 de 1998

- Ley 100 de 1993
- Ley 776 de 2002
- Ley 797 de 2003
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral - Radicado 32126 del 11 de febrero de 2009
- Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 25662 del 30 de marzo de 2006. MP. Ramiro Savedra Becerra